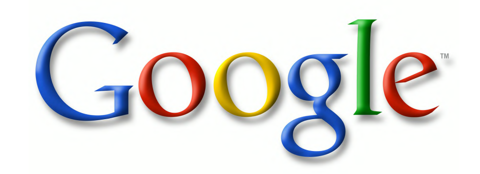

Google


WIDENER LIBRARY
HX G97T P


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
VE RI TAS
CHRISTO ET ECCLESIAE

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück
geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Dreyßigsten Theils erste Abtheilung.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1828.

Fortsetzung des Titels
De tutoribus et curatoribus datis ab his, qui ius dandi habent etc.

§. 1321. a.

Erklärung der Stelle des Julius Capitolinus *in Marco Antonino. Cap.* 10. *in fin.* de cura minorum. Vergleichung zwischen der Lex *Plaetoria* und der Constitutio *Divi Marci.*

Es ist bereits in dem vorigen Bande bemerkt worden, auf welche sehr verschiedene Art die Stelle des Julius Capitolinus, wo er, bey Gelegenheit der Constitution des Marcus Antoninus von der Curatel der Minderjährigen, auch der Lex Laetoria oder eigentlich Plaetoria gedenkt, gedeutet werde. Es muß aber jedem Unbefangenen in die Augen leuchten, daß Capitolin die Lex Plaetoria und die Verordnung des K. Marcus Antoninus einander entgegengesetzt habe. Indem nämlich der Biograph erzählt, was Marcus, unter andern neuen Einrichtungen, die er gemacht hat, auch im Vormundschaftswesen geändert habe, bemerkt er, daß dieser Kaiser nicht nur an die Stelle der Consuln einen eigenen Praetor tutelaris eingeführt, sondern auch in Ansehung der cura minorum die Lex Plaetoria in so weit auf-

gehoben habe, daß alle Minderjährige Curatoren erhalten sollten, ohne daß es der Angabe von Gründen weiter bedürfen solle. Ita statuit, sagt Capitolin, *ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis.* Da gerade darin das Neue bestand, was K. Marcus von der cura minorum verordnet hatte, und nun diese Verordnung der Lex Plaetoria entgegengesetzt wird; so beruht es ja wohl auf platter Hand, daß nach der Lex Plaetoria nicht allen Minderjährigen, sondern nur solchen Curatoren gegeben worden sind, bey denen eine besondere Ursache vorhanden war, welche der Vormundschaftsbehörde angezeigt, und auch nachgewiesen werden mußte. Es ist also auch wohl ganz begreiflich, daß Capitolin, um die Constitution des K. Marcus desto mehr hervorzuheben, bey der Lex Laetoria dergleichen Gründe angeführt haben werde, wenn seine Erzählung nicht offenbar mangelhaft geblieben seyn sollte. Und so lehrt es ja schon der ganz natürliche Zusammenhang, daß die Worte: *quum ante non nisi ex Lege Plaetoria, vel propter lasciviam, vel propter dementiam darentur*, blos die Tendenz der lex Plaetoria bezeichnen sollen, keinesweges aber von drey besondern Arten der Curatoren, wie sie Heineccius deutet, verstanden werden können. Denn sonst müßte ja das Wörtchen *vel* dreymal gesetzt seyn. Es müßte also auch vor den Worten *ex lege Laetoria* oder Plaetoria stehen, wenn die Curatoren ex lege Plaetoria verschieden seyn sollten von denen, welche propter lasciviam den prodigis, und welche propter dementiam den furiosis gegeben wurden. Offenbar beziehen sich also die Worte: *vel propter lasciviam, vel propter dementiam* auf die Lex Plaetoria; und geben, als Beyspiel, die gewöhnlichsten Gründe an, aus welchen den Minderjährigen

Curatoren gegeben wurden. Wer sollte überdem glauben, daß ein Geschichtschreiber, welcher erzählen wollte, welche Arten von Curatoren es vor Marcus Antoninus gegeben habe, seine Erzählung mit der Lex Plaetoria werde begonnen haben, da die cura furiosorum und prodigorum doch viel älter war? Hiernächst aber passen auch die Ausdrücke *lascivia* und *dementia* gar nicht auf die cura prodigorum und furiosorum. Das Wort *lascivia* wird nie für prodigalitas genommen. *Prodigus* wird nur derjenige genennt, cui bonis interdictum est, quia neque tempus, neque finem expensarum habet, wie Ulpian [1]) sagt, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit. *Lascivus* hingegen wird derjenige genennt, qui petulanter et dissolute vivit, ein muthwilliger, ungezogener und liederlicher Mensch [2]). So wenig man nun bey der cura prodigorum den Ausdruck *prodigus* mit einem andern vertauschte, eben so wenig den Ausdruck *furiosus* bey der cura furiosorum. Merkwürdig ist die Stelle Ciceros [3]), wenn er zur Erläuterung des von der cura furiosorum handelnden Gesetzes der 12 Tafeln folgende Bemerkung macht. Graeci autem *μανιαν* unde appellant, non facile dixerim. Eam tamen ipsam distinguimus nos melius, quam

1) *L.* 1. *D. de curatoribus furioso et aliis dandis.* (XXVII. 10.) Man sehe auch die Interdictionsformel bey Paulus *Sentent. Receptar. Lib.* III. *Tit.* 4. *A.* §. 7. und Hugo Lehrb. der R. Rechtsgesch. S. 123. Not. 2.

2) Breitsprecher Diss. cit. de origine curationis minorum. §. XIII. et XIV. hat dieses aus vielen Stellen der Alten erwiesen.

3) *Tusculanar. Disputat.* Lib. III. cap. 5. Man s. auch den 2. Th. dieses Commentars §. 117. b. S. 130 f.

illi: hanc enim *insaniam*, quae iuncta stultitiae patet latius, a *furore* disjungimus. Graeci volunt illi quidem, sed parum valent verbo: quem nos *furorem*, *μελαγχολίαν* illi vocant. — Qui ita sit adfectus, eum dominum esse rerum suarum vetant *duodecim Tabulae*. Itaque non est scriptum: *Si insanus*, sed: *Si furiosus esse incipit*. Daß aber die *insania*, welche hier vom *furor* unterschieden wird, nichts anders als *dementia* sey, hatte Cicero schon vorher gesagt. Nec minus illud acute, quod animi adfectionem, lumine mentis carentem, nominaverunt *amentiam*, eandemque *dementiam*. Man kann sie Blödsinn, Unbesonnenheit, Dummheit nennen. Die Gesetze der zwölf Tafeln hatten freylich für die Bevormundung der furiosorum und prodigorum hinlänglich nicht gesorgt. Denn nur ein solcher furiosus und prodigus, cui bonis interdictum est, sollte unter der cura seiner Agnaten und Gentilen stehen, der, als Freygebohrner, seinen Vater ohne Testament beerbt hatte. In allen übrigen Fällen, wo die cura der Agnaten und Gentilen nach den Gesetzen der zwölf Tafeln nicht hinreichte, ergänzte das prätorische Recht den Mangel der Gesetze[4]), indem der Prätor nicht nur dem wirklichen furiosus und prodigus, in Ermangelung eines legitimus curator, d. h. wenn jener entweder ein libertinus, oder ein solcher ingenuus war, der seinen Vater nicht ab intestato, sondern ex testamento beerbt hatte[5]), sondern

4) *Jus praetorium* est enim, sagt Papinian *L.* 7. *D. de iust. et iure*, quod Praetores introduxerunt, adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam.

5) Ulpian. *Fragm. Tit. XII.* §. 3. A Praetore constituitur curator, quem ipse Praetor voluerit, *libertinis*

auch jedem Andern, der wegen physischer oder geistiger Mängel zur eigenen Verwaltung seiner Güter unfähig war, einen Curator gab, so wie dieses ebenfalls von den Statthaltern in den Provinzen geschahe[6]). Allein daß die Unvollständigkeit der zwölf Tafeln gerade durch die Lex Plaetoria sey ergänzt worden, wie Seger[7]) und Breitsprecher[8]) meinen, ist unerweislich, und widerlegt sich schon dadurch, daß die Lex Plaetoria nicht von jedem Alter, sondern nur von dem minderjährigen spricht, und daher vom Plautus lex *quinavicennaria* genennet wird, der Prätor aber bey Bestellung der Curatoren für diejenigen, welche derselben bedurften, das Alter nicht berücksichtigte. Die lex Plaetoria nahm sich blos der Minderjährigen an, und ihr Hauptzweck war, dieselben gegen die Betrügereyen derer zu schützen, die ihre Schwäche und Unerfahrenheit zu ihrem Nutzen mißbrauchten, und denen dieses Alter vorzüglich ausgesetzt war. Denn die Kriegszucht,

prodigis, itemque *ingenuis*, *qui ex testamento parentis heredes facti*, *male dissipant bona:* his enim EX LEGE curator dari non poterat, cum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri, libertinus autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit. S. *Ant.* SCHULTING Jurispr. Antejust. pag. 606. HOEPFNER in Progr. de Lege Laetoria. §. 3. versteht unter dem *ingenuus*, der *ex testamento* heres factus sit patri, den filius *emancipatus*, der dann freylich keine Agnaten hatte.

6) *L.* 8. §. 3. *L.* 12. *pr. D. h. t. L.* 1 *et* 2. *L.* 15. *pr. D. de curatorib. furioso et aliis dand.* §. 3 *et* 4. *J. de curatorib.*

7) Brevis curarum historia. §. 6. (in *Opusc.* pag. 116 sqq.)

8) Diss. cit. §. XIV.

unter welcher jeder junge Römer stand, sobald er für fähig gehalten wurde die Waffen zu führen, sicherte dagegen eben so wenig, als bey deren nachherigen Verfall, gegen Ausschweifungen, zu denen dieses Alter ohnehin vorzüglich geneigt zu seyn pflegt. Man lese nur, was Plinius in seinen Briefen [9]) schreibt: „Sonst war wohl die löbliche Sitte, sagt er, daß Jünglinge bey alten erfahrnen Männern nicht nur hörten, sondern auch sahen, was sie bald selbst zu thun, und wozu sie dann wieder andere junge Leute anzuweisen hätten. Daher mußten künftige Krieger sogleich in ihren jüngern Jahren ins Lager, um sich durch Gehorchen zum Befehlen, und hinter den Anführern zu Anführern zu bilden. — Wir aber waren in unserer Jugend zwar auch im Lager; aber zu einer Zeit, da Tugend verdächtig, und Trägheit geschätzt war, da die Anführer kein Ansehen, die Soldaten keine Scheu hatten, wo nirgends Befehl, nirgends Gehorsam war; wo überall Auflösung, Verwirrung, ja sogar das Gegentheil von Allem, was Ordnung heißt, kurz eine Verfassung herrschte,

9) *Lib. VIII. Epist.* 14. Erat autem antiquitus institutum, ut a maioribus natu, non auribus modo, verum etiam oculis disceremus, quae facienda mox ipsi, ac per vices quasdam tradenda minoribus haberemus. Inde adolescentuli statim castrensibus stipendiis imbuebantur, ut imperare parendo, duces agere, dum sequuntur, assuescerent. — At nos iuvenes fuimus quidem in castris: sed quum suspecta virtus, inertia in pretio, quum ducibus auctoritas nulla, nulla militibus verecundia, nusquam imperium, nusquam obsequium, omnia soluta, turbata, atque etiam in contrarium versa, postremo obliviscenda magis, quam tenenda.

die man lieber zu vergessen, als zu behalten wünschen mußte." Plinius spricht hier zwar von den Zeiten Domitian's [10]), unter dem er in Syrien als tribunus militum stand [11]), und wo er schon früher, (adolescentulus) zu Felde diente [12]). Daß es aber nicht erst zu Plinius Zeiten so war, sondern schon lang vor Plinius eben so, lehrt, wie Sallust [13]) erzählt, die Geschichte. Es ist wohl keinem Zweifel unterworfen, daß diese ausschweifende Lebensart der jungen Römer, so wie auch die häufigen Vervortheilungen derselben zur Curatel der Minderjährigen die Veranlassung gegeben haben. Man wende nicht ein, es werde sich wohl nicht leicht ein Minderjähriger der Ausschweifungen selbst, gewiß eben so wenig, als des Blödsinns, bezüchtiget, und deswegen um einen Curator gebeten haben. Denn daß nach der Lex Plaetoria den Minderjährigen immer nur auf ihr eignes Verlangen Curatoren gegeben worden sind, sagt Capitolin nicht, sondern nur, daß eine Ursach habe angegeben werden müssen. Diese Anzeige konnte ja von Andern, z. B. von solchen Verwandten des Minderjährigen geschehen, welche entweder nicht selbst zur Curatel tüchtig, oder gerade nicht selbst durch die zwölf Tafeln zur Curatel

10) Von der unter diesem Kaiser verfallenen Kriegszucht spricht Plinius auch *in Panegyr.* Cap. 18. Eben so Tacitus in *Julii Agricolae vita. Cap.* 39 *et* 41. und Dio Cass. *Lib. LXVII. pag.* 759.

11) Plinius *Lib. III. Epist.* 11. et *Lib.* X. *Ep.* 19.

12) Plinius *Lib. I. Ep.* 10. Den Ausdruck adolescentulus erklärt *Jo.* Masson in vita C. Plinii Secundi junior. (*Amstelod.* 1709. 8.) pag. 39. sq.

13) *Bellum Catilinar. Cap.* 10.

berufen waren [14]). Es scheinen dieses auch nicht die einzigen Ursachen gewesen zu seyn, aus welchen den Minderjährigen Curatoren gegeben wurden, sondern es waren vielleicht nur die gewöhnlichsten, welche hier Capitolin angegeben hat, um die Worte: *non redditis causis*, in der Constitution des Kaisers Marcus Aurelius dadurch verständlicher zu machen. Denn in wie viel Lagen konnte nicht ein Minderjähriger kommen, der auch wohl sein Vermögen selbst zu verwalten verstand, wo ihm der Beystand eines Curators nöthig war? z. B. er wurde in einen Prozeß verwickelt, oder derjenige, mit welchem der Minderjährige ein Geschäft schließen wollte, mochte sich anders mit ihm nicht einlassen, als wenn er sich zuvor einen Curator hätte bestellen lassen. Ohnehin konnten sich ja auch Minderjährige nach der Lex Plaetoria durch Stipulation nicht verpflichten [15]). Vielleicht konnte auch, selbst die kaum erreichte Mündigkeit, und selbst gefühlter Mangel an hinlänglicher Einsicht und Erfahrung zur eignen Verwaltung seiner Angelegenheiten den Minderjährigen selbst veranlassen, um einen Curator zu bitten. Dieser Grund wird wenigstens vom Ulpian [16]) selbst angeführt. So

14) *L.* 12. §. *ult. D. h. t.* S. Seger Curar. histor. §. VII. (*Opusc.* pag. 119.) besonders *Ev.* Otto in Comment. ad §. 2. J. de curat. pag. 135. (*Traject. ad Rhen.* 1729. 4.)

15) Suetonius *Lib. IV. Praetor.* bey Priscian. Lib. VIII. pag. 288. (*Basiliae* 1554. 8.)

16) *Fragm. XII.* §. 4. Praeterea dat curatorem ei etiam, qui *nuper pubes factus*, idonee negotia sua tueri non potest. In Verbindung mit der Geschichte muß dieses gewiß schon vor Marcus der Fall gewesen seyn. Denn offenbar ist hier eine Lücke bey Ulpian.

erklärt sich nun auch, warum schon zur Zeit des Kaisers August den Minderjährigen die Verwaltung ihres Vermögens nicht leicht anvertraut zu werden pflegte, wie Dio Cassius [17]) den Mäcenas aussprechen läßt, welcher gerade daraus zu beweisen suchte, wie unschicklich, ja wie nachtheilig es sey, daß man Minderjährigen die Verwaltung des Staats anvertraue. Hieraus erklärt sich ferner, warum auch Kaiser Claudius bey der Arrogation die curatoris auctoritas für nöthig erklärte [18]).

Sonst würde es auffallend seyn, daß Er weder der Lex Plaetoria, noch der dadurch bestimmten Jahre der Minderjährigkeit gedenkt. Eben so lückenhaft ist die Stelle bey Gajus *Institut. Commentar. I.* §. 197 sq. wo er offenbar von der cura minorum gesprochen hat. S. Hugo Rechtsgesch. S. 295. Not. 5. der 8. Aufl. und Zimmern Gesch. des R. Privat. R. 1. B. §. 237. Not. 4. S. 892.

17) *Lib. LII.* Cap. 20. *In equestrem statum allegendi*, sagt daselbst Mäcenas, *octodecim annos aetatis habere debent; hac enim aetate potissimum et corporum firma affectio et ingenium conspicitur. In Senatum vero adscribendi annos viginti et quinque: quomodo enim non sit turpe et damnosum, quum nemini ante id aetatis suorum bonorum administrationem concedatis, iis, qui eandem nondum attigerint, rempublicam vos credere?* Ohne Grund beschuldiget hier *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. §. Caeterum. (*Opp.* Tom. II. pag. 553.) den Dio Cassius eines Anachronismus, als ob er dem Mäcen in den Mund gelegt habe, was erst durch die Constitution des K. Marcus sey eingeführt worden. Man sehe dagegen Breitsprecher Diss. cit. de origine curationis minorum. §. XIV.

18) *L.* 8. *D. de adoption.*

Man sieht aber auch zugleich aus dem allen, daß wenn gleich die einmal angeordnete Curatel bis zum Eintritt der Großjährigkeit gewöhnlich dauerte; denn daß dieses wohl auch die Absicht der Lex Plaetoria gewesen sey, ergiebt sich daraus, weil ja das Gesetz die Jahre der Minderjährigkeit bestimmt hatte; es doch auch Fälle geben konnte, wo nur für einzelne Zwecke einem minor, als solchem, ein Curator gegeben wurde [19].

Durch die Constitution des K. Marcus ward nun alle causae cognitio bey Ernennung der Curatoren für Minderjährige überflüssig. Die Vormundschafts-Behörden waren dadurch angewiesen, allen Minderjährigen, schon darum allein, weil sie Minderjährige wären, auf ihr bloßes Verlangen, Curatoren zu geben, ohne sich um eine anderweite Ursache zu bekümmern. Ob der Kaiser durch seine Constitution der Curatel das Gehäßige und Ehrenrührige habe benehmen wollen, welches ihr davon anhing, daß nur hauptsächlich Verstandlose und Verschwender Curatoren erhielten, wie man insgemein behauptet [20], lasse ich dahin gestellt seyn; soviel ist aber wohl gewiß, daß seit jener Constitution die Ernennung eines Curators gewöhnlich auf die ganze Zeit der Minderjährigkeit erfolgte. Gajus, der seine Institutionen unter Antoninus Pius anfieng, und unter Marcus Aurelius vollendete [21],

19) S. Zimmern Gesch. a. a. O.

20) Man sehe Oiselius ad Gaji Institution. Epit. Lib. I. Tit. 8. not. 6. (in Schulting *Jurispr. Antejust.* p. 66.)

21) S. *Guil. Ant. Henr.* Dittmar Diss. de nomine aetate studiis ac scriptis Gaji ICti Rom. Specim. I. (*Lipsiae* 1820. 4.) §. 7. und Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 1. Abth. §. 93. S. 344. f.

sagt ausdrücklich [22]): Peractis pupillaribus annis, quibus tutores absolvuntur, ad curatores ratio minorum incipit pertinere. Sub curatore sunt minores aetate, majores eversores, insani. Hi, qui MINORES sunt, *usque ad viginti et quinque annos impletos sub curatore sunt.* Schade, daß der Veronesische Gajus [23]) gerade hier lückenhaft ist. Wir haben von ihm mehr nicht, als die Worte: *aetatem pervenerit, in qua res suas tueri possit*, welche aber deutlich genug beweisen, daß Gajus hier von der cura minorum gehandelt habe. Verbinden wir damit die folgenden Worte [24]): Ex iisdem causis et in provinciis a Praesidibus earum curatores dari *voluit*; so ist es höchst wahrscheinlich, daß das Wort *voluit* sich auf die Verordnung des Kaisers Marcus beziehe, von welcher Gajus hier gehandelt hat [25]). Es scheinen auch die Worte in den

22) *Epit. Institut. Lib. I. Tit.* 8. (in *Jur. civ. Antejust.* a perill. HUGONE edit. Tom. I. pag. 203.)

23) *Institution. Commentar. I.* §. 197.

24) §. 198. c. l.

25) Eben diese Vermuthung äusserte auch schon der verdienstvolle Herausgeber der Institutionen-Commentare des Gajus *Lib. I.* §. 197. *Not.* 23. pag. 89. edit. sec. und eben dieser Meinung ist auch *Corn. Jac. van* ASSEN Adnotat. ad Institution. Gaji commentar. Lib. I. §. 198. pag. 125. Herr Prof. Zimmern in s. klass. Gesch. des Röm. Privatrechts 1. B. 1. Abth. §. 93. S. 344. Not. 26. will dieses zwar aus dem Grunde bezweifeln, weil damals der K. Antoninus Pius wahrscheinlich noch gelebt habe. Denn zuerst *Comm. II.* §. 195. komme Pius als Divus vor. In *Comm. II.* §. 126. werde Antonin, ohnstreitig eben dieser *Pius*, ohne jenen Beysatz genennt. Daß also GAJUS *I.* §. 197. von des

Man sieht aber auch zugleich aus dem allen, daß wenn gleich die einmal angeordnete Curatel bis zum Eintritt der Großjährigkeit gewöhnlich dauerte; denn daß dieses wohl auch die Absicht der Lex Plaetoria gewesen sey, ergiebt sich daraus, weil ja das Gesetz die Jahre der Minderjährigkeit bestimmt hatte; es doch auch Fälle geben konnte, wo nur für einzelne Zwecke einem minor, als solchem, ein Curator gegeben wurde [19].

Durch die Constitution des K. Marcus ward nun alle causae cognitio bey Ernennung der Curatoren für Minderjährige überflüssig. Die Vormundschafts-Behörden waren dadurch angewiesen, allen Minderjährigen, schon darum allein, weil sie Minderjährige wären, auf ihr bloßes Verlangen, Curatoren zu geben, ohne sich um eine anderweite Ursache zu bekümmern. Ob der Kaiser durch seine Constitution der Curatel das Gehäßige und Ehrenrührige habe benehmen wollen, welches ihr davon anhing, daß nur hauptsächlich Verstandlose und Verschwender Curatoren erhielten, wie man insgemein behauptet [20]), lasse ich dahin gestellt seyn; soviel ist aber wohl gewiß, daß seit jener Constitution die Ernennung eines Curators gewöhnlich auf die ganze Zeit der Minderjährigkeit erfolgte. Gajus, der seine Institutionen unter Antoninus Pius anfieng, und unter Marcus Aurelius vollendete [21]),

19) S. Zimmern Gesch. a. a. O.

20) Man sehe Oiselius ad Gaji Institution. Epit. Lib. I. Tit. 8. not. 6. (in Schulting *Jurispr. Antejust.* p. 66.)

21) S. *Guil. Ant. Henr.* Dittmar Diss. de nomine aetate studiis ac scriptis Gaji ICti Rom. Specim. I. (*Lipsiae* 1820. 4.) §. 7. und Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 1. Abth. §. 93. S. 344. f.

sagt ausdrücklich [22]): Peractis pupillaribus annis, quibus tutores absolvuntur, ad curatores ratio minorum incipit pertinere. Sub curatore sunt minores aetate, majores eversores, insani. Hi, qui MINORES sunt, *usque ad viginti et quinque annos impletos sub curatore sunt.* Schade, daß der Veronesische Gajus [23]) gerade hier lückenhaft ist. Wir haben von ihm mehr nicht, als die Worte: *aetatem pervenerit, in qua res suas tueri possit*, welche aber deutlich genug beweisen, daß Gajus hier von der cura minorum gehandelt habe. Verbinden wir damit die folgenden Worte [24]): Ex iisdem causis et in provinciis a Praesidibus earum curatores dari *voluit*; so ist es höchst wahrscheinlich, daß das Wort *voluit* sich auf die Verordnung des Kaisers Marcus beziehe, von welcher Gajus hier gehandelt hat [25]). Es scheinen auch die Worte in den

22) *Epit. Institut. Lib. I. Tit.* 8. (in *Jur. civ. Antejust.* a perill. HUGONE edit. Tom. I. pag. 203.)

23) *Institution. Commentar. I.* §. 197.

24) §. 198. c. l.

25) Eben diese Vermuthung äusserte auch schon der verdienstvolle Herausgeber der Institutionen-Commentare des Gajus *Lib. I.* §. 197. *Not.* 23. pag. 89. edit. sec. und eben dieser Meinung ist auch *Corn. Jac. van* ASSEN Adnotat. ad Institution. Gaji commentar. Lib. I. §. 198. pag. 125. Herr Prof. Zimmern in s. klass. Gesch. des Röm. Privatrechts 1. B. 1. Abth. §. 93. S. 344. Not. 26. will dieses zwar aus dem Grunde bezweifeln, weil damals der K. Antoninus Pius wahrscheinlich noch gelebt habe. Denn zuerst *Comm. II.* §. 195. komme Pius als Divus vor. In *Comm. II.* §. 126. werde Antonin, ohnstreitig eben dieser *Pius*, ohne jenen Beysatz genennt. Daß also GAJUS *I.* §. 197. von des

Institutionen des Ks. Justinian [26]): Masculi puberes et feminae viripotentes, *usque ad vicesimum*

Marcus Verordnung gehandelt habe, sey um so mehr zu bezweifeln, als mit Gewißheit noch keine Rücksicht auf eine der vielfachen Verfügungen dieses Kaisers in den Institutionen des Gajus nachzuweisen sey. Allein mir scheinen diese Zweifel nicht so erheblich zu seyn, daß sie nicht beseitiget werden könnten. Denn daraus, daß Gajus II. §. 195. den K. Antoninus Pius zum ersten Male *Divus* nennt, folgt ja nicht, daß dieser Kaiser zu der Zeit, als Gajus am Ende des ersten Buchs seiner Institutionen stand, noch gelebt haben müsse. Kann nicht geläugnet werden, daß Gajus an dem lückenhaften Orte seiner Institutionen I. §. 196 und 197. von den verschiedenen Arten der Curatel, und insonderheit von der cura minorum gehandelt habe, wie dieses auch aus der oben angeführten Stelle der westgothischen Epitome des Gajus erhellet; so kann wohl das *voluit* §. 198. nicht füglich auf die Lex Plaetoria bezogen werden. Denn sollte Gajus nicht vielmehr die neuere Constitution des K. Marcus, unter dem er vorzüglich blühete, an diesem Orte erklärt haben, als jenen alten Volksschluß? Die Worte: *Ex iisdem causis* erklären sich auch nun aus der *Epitome* von selbst. Denn bey der cura minorum hatte Gajus auch zugleich von der cura prodigorum et insanorum gehandelt. So wie nun für diese der Praetor tutelaris in Rom die Curatoren bestellte, so sollten nun auch, nach der Constitution des K. Marcus, die Praesides in den Provinzen in denselben Fällen Curatoren ernennen. Daß mit Gewißheit noch keine Rücksicht auf eine der vielfachen Verordnungen dieses Kaisers in den Institutionen des Gajus nachzuweisen sey, läßt sich nicht behaupten. Denn der *Imperator* Antoninus, dessen Constitution Gajus Lib. II. §. 120. anführt,

quintum annum completum, curatores accipiunt: qui licet puberes, adhuc tamen eius aetatis sunt, ut sua negotia tueri non possint, wenigstens dem Geist und Inhalt nach aus Gajus geschöpft zu seyn. Hierauf bezieht sich auch wohl die Stelle aus Ulpians *libro XI. ad Edictum* [27]), wo es heißt: Apparet, minoribus annis viginti quinque eum (sc. Praetorem) opem polliceri: nam post hoc tempus compleri virilem vigorem constat. *Et ideo hodie in hanc usque aetatem adolescentes curatorum auxilio*

und in den folgenden §§. interpretirt, war gewiß kein anderer, als Marcus Antoninus, wie auch Gans in den Scholien zum Gajus. Nr. VI. S. 282. ff. behauptet; und wenn er vollends §. 126. sagt: Sed *nuper Imperator* Antoninus significavit *rescripto suo* etc. so ist wohl nichts gewisser, als daß der Kr. Marcus Antoninus gemeint sey. S. Gans S. 326. Es kann uns nun auch nicht weiter kümmern, daß Gajus *Lib. II.* §. 178. den Kaiser Marcus nicht nennt, dessen Constitution doch Ulpian *Fragm. Tit. XXII.* §. 34. (bey Hugo *iur. civ. Antejust.* Tom. I. pag. 73.) namentlich anführt. Er sagt ja doch, was durch diese Constitution eingeführt worden sey. Daß aber das Wort *placuit* auch von kaiserlichen Constitutionen gebraucht werde, hat schon Cujacius Comm. ad Papiniani Lib. II. Quaestion. L. 1. D. de usuris. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 45.) bemerkt. Man s. auch *Frid.* Haenel Commentat. de Verborum formulis, quibus ICti vett. simul et affirmare et adfirmandi rationem significare soliti sunt. (*Lips.* 1821. 8.) §. 7.

26) *Pr. J. de curatorib.* Theophilus in *Paraphr. gr.* hat hier blos übersetzt.

27) *L. 1. §. ult. D. de minorib. XXV. annis.*

reguntur, nec ante rei suae administratio eis committi debebit, quamvis bene rem suam gerentibus.

Seit der Constitution des Kaisers Marcus kommt es also bey der Bestellung der Curatoren für Minderjährige blos auf minderjähriges Alter, d. i. auf aetas viginti quinque annis minor an. Kein Anderer darf auch jetzt mehr für einen Minderjährigen um einen Curator bitten. Er muß es selbst thun, oder einen Andern dazu beauftragen. Denn nur auf sein Verlangen soll ihm ein Curator von der competenten Obrigkeit gegeben werden. Das Gesuch ohne Wissen und Auftrag desselben ist ohne Wirkung, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet:

L. 13. §. 2. *D. h. t.* PAPINIANUS *libro XI. Quaestionum.* Sed si puella duodecimum annum impleverit, tutor desinit esse. *Quoniam tamen minoribus* [28]) *annis* DESIDERANTIBUS *curatores dari solent,* si curator patronus petatur, fides inquisitionis pro vinculo cedet cautionis.

L. 2. §. 4. *D. Qui petant tutores vel curat.* MODESTINUS *libro I. Excusationum.* Κουράτορας δὲ ἑαυτοῖς αἰτήσουσιν οἱ ἀφήλικες, ἐὰν μὲν παρῶσι, δι ἑαυτῶν· ἐὰν δὲ ἀποδημῇ τις αὐτῶν, αἰτήσει διὰ φροντιστοῦ. i. e. *Curatores vero ipsi sibi minores petent. Petent, si adsunt, per se, sin autem quis eorum absit, per procuratorem.*

L. 2. §. 5. *eod.* Εἰ δὲ ἄλλος αἰτῆσαι κουράτορα δύναται τῷ ἀφήλικι, ἐζητήθη· καὶ Ulpianos ὁ κράτιστος οὕτως γράφει· ὡς δέον ἄλλον αὐτῷ μὴ αἰτεῖν,

28) Hier muß die Zahl XXV. ergänzt werden. S. SMALLENBURG ad *Ant.* SCHULTINGII Nott. ad Digesta. T. IV. pag. 410.

ἀλλὰ αὐτὸν ἑαυτῷ. i. e. *Sed an alius petere curatorem possit minori, quaeritur? Et* Ulpianus *egregius ita scribit: non licere, alium ei petere, sed ipsum sibi petere necesse esse* [29]).

Et apud Paulum *libro nono Responsorum* ita relatum est. Curatorem, ignorante, nec mandante pupilla, non recte ei a tutore petitum videri: periculumque eorum, quae curator non iure datus gessit, non sine ratione eum, qui petit, cogendum agnoscere [30]).

L.6. C. Qui petant tutor. vel curator. (V. 31.) Imp. Alexander. Matris pietas instruere te potest, quos tutores filio tuo petere debes. — Petendi autem filiis curatores necessitas matribus imposita non est: *cum puberes minores annis viginti quinque ipsi sibi curatores, si res eorum exigit, petere debeant.*

Ja noch Justinian sagt in seinen Institutionen [31]): Inviti *adolescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem;* und die hier gemachte Ausnahme,

29) S. *Ant.* Augustinus ad Modestinum de Excusationibus. (Tom. IV. *Thes. iuris Rom. Otton.* pag. 1564.)

30) *Ant.* Augustinus c. l. pag. 1565. glaubt, daß diese lateinische Stelle aus Paulus nicht vom Modestin, der griechisch geschrieben, sey angeführt, sondern vom Tribonian hinzugefügt worden sey. Allein man findet ja in den Fragmenten, die aus des Modestinus *libris Excusationum* genommen sind, mehrere lateinische Stellen. S. *Jan. Thom. Gail. van* Alphen Specim. exhib. selecta quaedam iuris publ. ac privat. Cap. II. Sect. I. pag. 38.

31) §. 2. *J. de curator.*

wenn der Minderjährige in einen Proceß verwickelt wird, bestätiget die Regel noch mehr. Denn kein Minderjähriger konnte ohne Curator vor Gericht erscheinen, und kein Erkenntniß konnte gegen ihn gesprochen werden, wenn er keinen Curator zum Beystand hatte [32]). Aber auch hier mußte er erst von seinem Gegner erinnert werden, daß er sich zur Führung des Proceßes einen Curator geben laße. Auf den bloßen Antrag des Gegners konnte ihm wider seinen Willen kein Curator gegeben werden [33]). Nur dann, wenn der Minderjährige, der geschehenen Erinnerung ungeachtet, selbst nicht um die Bestellung des Curators bat, konnte der Gegner, damit die Proceßführung dadurch nicht verzögert, oder gehindert werden möchte [34]), den competenten Richter bitten, daß er dem Minderjährigen einen Curator von Amtswegen bestelle, wie aus folgender Verordnung des Kaisers Antoninus erhellet.

L. 1. C. Qui petant tutores vel curator. Admone adolescentem, adversus quem consistere vis, ut curatores sibi dari postulet, cum quibus secundum iuris formam consistas [35]): qui si in petendis

32) *L. 2. Cod. Qui legitimam personam standi in iudicio habeant vel non.* (III. 6.) *L. 4. C. Si adversus rem iudicatam restitutio postulet.* (II. 27.) S. *Ant.* Fabri Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XXIII. Princ. 3. Illat. 1.

33) *L. 43. §. 3. D. de procurator.* (III. 3.)

34) *L. 3. §. 2. D. de tutelis.* S. *Franc. de* Amaya Observat. iuris Lib. I. cap. 9. nr. 21. pag. 59.

35) Russardus ad h. L. glaubt, es müsse *consistat* gelesen werden. Die Verschiedenheit der Lesart wird auch von der Glosse bemerkt. Allein die gemeine Lesart, welcher auch Haloander, Baudoza, Chevallon, Hugo a Porta, Charondas, Pacius, Merlinus

his cessabit, potes in competentem iudicem adire, ut in dandis curatoribus officio suo fungatur.

Auf gleiche Weise wird es dem Tutor zur Pflicht gemacht, den mündig gewordenen Pupillen zu ermahnen, daß er um die Bestellung eines Curators bitte, weil er eher nicht Rechnung ablegen kann. Der Tutor wird sogar im Falle der Unterlassung verantwortlich gemacht. Nur dann, wenn der mündig gewordene Pupill der Erinnerung seines Tutors kein Gehör giebt, ist es demselben erlaubt, für ihn auf die Bestellung eines Curators selbst anzutragen, damit er nicht mit der Ablegung der Vormundschaftsrechnung aufgehalten werde. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 5. §. 5. D. de administrat. et peric. tutor. et curator. Ulpianus *libro trigesimo quinto ad Edictum.* Si tutor pupillum suum puberem factum non admonuerit, ut sibi curatores peteret: *sacris enim constitutionibus hoc facere iubetur, qui tutelam administravit*: an tutelae iudicio teneatur? et magis puto sufficere tutelae iudicium, quasi connexum sit hoc tutelae officio: quamvis post pubertatem admittatur.

L. 7. Cod. Qui petant tutores vel curatores. Imp. Gordianus A. Dionysio. Admone eam, quae quondam pupilla tua fuit, cum eam non

Simon van Leeuwen, Contius und Spangenberg gefolgt sind, verdient allerdings den Vorzug. S. Heinr. Ed. Dirksen civilist. Abhandlungen. 2. B. 3. Abh. S. 452. Die Leseart *consistat* ist indessen selten, ich finde sie blos in der sonst gepriesenen Ausgabe des Dion. Gothofredus mit den vier geschlungenen Händen. Frankfurt 1663. 4.

tantum viripotentem esse, sed etiam nupsisse proponas, ut sibi petat curatorem. Quod si eum petere neglexerit: quo maturius possis rationem reddere administrationis, adito eo, cuius super ea re notio est, petere curatorem non vetaberis.

Nach dem Pandectenrechte gab es aber noch eine Ausnahme von der Regel, nach welcher Minderjährige nicht wider ihren Willen Curatoren erhielten, nämlich wenn ein Schuldner dem Minderjährigen eine Zahlung zu leisten hatte. Hier kann der Schuldner zu seiner eignen Sicherheit darauf dringen, daß dem Minderjährigen zum Empfang der Zahlung ein Curator gesetzt werde. Denn hätte er dem Minderjährigen das Geld gezahlt, ohne einen Curator, und dieser hätte das Geld verschwendet oder verloren, so müßte es der Schuldner noch einmal bezahlen [36]. Nach einer Constitution des Kaisers Justinian [37] ist indessen auch diese Maasregel noch nicht einmal hinreichend, sondern der Schuldner muß noch ein obrigkeitliches Zahlungs-Decret auswirken, wenn er vollkommen gesichert seyn will.

Aus den angeführten Gesetzstellen ist nicht zu ersehen, daß das Recht, welches durch die Constitution des K. Marcus ist eingeführt worden, durch irgend ein neueres Gesetz wieder abgeändert worden sey. Sämmtlich stimmen sie vielmehr in den Satz, daß den Minderjährigen nur auf ihr Verlangen Curatoren gegeben werden sollen, so einmüthig zusammen, daß man nicht anders glauben kann,

36) *L. 7. §. 2. D. de minorib. XXV. ann.*

37) *L. 25. Cod. de administrat. tutor. vel curator.* (V. 37.) §. 2. *J. Quib. alienare licet vel non.* (II. 8.)

das Recht, was noch zu Justinians Zeiten galt, sey eben dasselbe, was durch den Kaiser Marcus sanctionirt worden ist; und die aus den Schriften der Röm. Rechtsgelehrten angeführten Stellen seyen gleichsam als Auslegung der Marcischen Constitution anzusehen. Hieraus erklärt sich nun auch, wenn in einer Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian 38) bey den Rechtshandlungen der Minderjährigen, sofern von deren Gültigkeit die Rede ist, ein Unterschied gemacht wird, ob der Minderjährige mit einem Curator versehen gewesen, oder nicht. Minderjährige, die einen Curator hatten, konnten ohne Einwilligung desselben von ihrem Vermögen gültig nichts veräußern, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a Praetore, curatore dato, bonis interdictum est. Minderjährige hingegen, die keinen Curator hatten, konnten auch sogar solche Geschäfte gültig schließen, welche ihr Vermögen betrafen. Sie konnten nur, wenn sie dadurch verletzt waren, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen. Nun kann man sich auch wohl erklären, wie Ulpian 39) in einem Falle, wo dem Minderjährigen ein Curator nöthig war, die Frage aufwerfen konnte, ob der Schuldner dem Minderjährigen mit Sicherheit Zahlung leisten könne, wenn ihm solche durch ein Decret des Prätors wäre auferlegt worden, ohne dem Minderjährigen einen Curator zu bestellen? Der Prätor soll in diesem Falle dem Minderjährigen auch nicht einmal Gehör geben, wenn er etwa dagegen in integrum restituirt seyn wolle, weil dem Schuldner dabey nichts zur Last fällt.

38) *L.* 3. *C. de in integrum restitut. minor.* (II. 22.)

39) *L.* 7. §. 2. *D. de minorib.*

Gleichwohl fehlt es nicht an Rechtsgelehrten [40], welche gerade aus jenen Gesetzstellen haben beweisen wollen, daß die Minderjährigen seit der Constitution des Kaisers Marcus auch wider ihren Willen Curatoren erhalten hätten. Schon die Worte *omnes adulti* in der Verordnung des Kaisers Marcus, so wie sie Capitolin referirt, sollen darauf hindeuten. Zwar hätte ihnen freylich kein Curator wider ihren Willen aufgedrungen werden können, d. h. ein solcher, den sie nicht verlangt hätten, sondern sie hätten einen Curator, den sie gewollt, selbst wählen und in Vorschlag bringen können; allein man habe sie zur petitio curatoris dadurch genöthigt, daß sie nicht eher von der Tutel wären befreyet worden, als bis sie sich einen Curator hätten geben lassen. Callistratus

40) *Franc.* de AMAYA Observation. iuris Lib. I. cap. 9. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. lib. 4. §. Caeterum; et ad Tit. seq. Qui petant tutor. vel curator. §. Satis de tutoribus. *Ge. Conr.* CRUSIUS Diss. ad constitutionem *Divi Marci* de curatoribus minorum quinque et viginti annis. rec. *Lugd. Batav.* 1712. (in *Dan.* FELLENBERG *Jurispr. antiqua.* Tom. II. pag. 575 — 589. et adject. *Jo. Christoph.* FRANCK Problem. iurid. de successione liberorum matri in tutore ipsis petendo negligenti hod. iure non adimenda. *Halae* 1718. 4. pag. 79 — 90.) *Ant.* SCHULTING ad *Ulpiani* Fr. Tit. XII. §. 4. Not. 11. (in *Jurispr. vet. Antejustin.* pag. 606.) HEINECCIUS ad VINNII Commentar. ad §. 2. Instit. de Curatorib. pag. 129. (*Lugduni* 1761. 4.) *Guil. Arn.* KIEN *van* CITTERS Diss. specim. iurid. ad *Julii Capitolini* M. Antoninum Philosoph. cap. 10. complect. *Lugduni Batav.* 1776. 4. und BREITSPRECHER Diss. cit. de origine curationis minorum §. XX.

sage ausdrücklich *libro quarto de Cognitionibus* [41]): Officium tutorum, *curatoribus constitutis*, finem accipit, ideoque omnia negotia, *quae inita sunt* [42]), ad fidem curatorum pertinent: idque etiam Divus Marcus cum filio suo Commodo rescripsit. Deswegen sey es sogar, wie Ulpian *libro XXXV. ad Edictum* [43]) sagt, durch kaiserliche Constitutionen, (vielleicht gehöre die Verordnung des K. Marcus mit dazu) dem Tutor zur Pflicht gemacht worden, seinen mündig gewordenen Pupillen zu ermahnen, daß er um einen Curator bitte, wenn er sich nicht im Unterlassungs-Falle selbst verantwortlich machen wolle. Damit hänge denn nun auch genau zusammen, wenn Ulpian *libro XI. ad Edictum* [44]) von seinen Zeiten sage: Et ideo *hodie* in hanc usque aetatem adolescentes curatorum auxilio reguntur; *nec ante rei suae administratio eis committi debebit*, quamvis bene rem suam gerentibus. Jacob Råvard [45]) glaubte, von der Richtigkeit

41) *L.* 33. §. 1. *D. de administr. et peric. tutor. vel curator.* (XXVI. 7.)

42) Das heißt: quae *finita tutela* inita sunt. *Jo. Guil.* Hoffmann Observation. var. s. Meletemat. ad Pand. Dissert. XXIII. §. 3. glaubt, dieser Sinn lasse sich mit Hülfe der Gemination schon aus den Worten ableiten, wenn man nur *finita* (sc. tutela) statt inita lese. Daß jedoch eine solche Emendation des Textes nicht nöthig sey, weil dieser Sinn ohnedem schon in den Worten liegt, hat er nachher selbst eingesehen, daher fügt er hinzu. Sed nihil muto.

43) *L.* 5. §. 5. *D. de admin. et peric. tutor. vel curat.*

44) *L.* 1. §. *ult. D. de minorib.*

45) Varior. Lib. I. cap. 17. (*Operum Lugduni* 1623. 8. *edit.* Tom. I. pag. 465. sq.)

dieser Ansicht so lebhaft überzeugt zu seyn, daß er sogar kein Bedenken fand, den Tribonian, wo nicht einer Unwissenheit, doch wenigstens einer groben Nachlässigkeit zu beschuldigen, daß er, durch Vermischung des ältern und neuern Rechts, den Satz aufgestellt habe: Inviti adolescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem. Diese Vermessenheit Rävards hat nun zwar selbst bey den Vertheidigern jener Meinung keinen Beyfall gefunden; es haben daher Tribonians Ehre gegen diese Beschuldigung mehrere Rechtsgelehrten[46]) zu retten gesucht. Es ist aber doch auch nicht nöthig, zur Vertheidigung des Tribonians, mit Theodor Marcilius[47]), Janus a Costa[48]) und Emund Merillius[49]) gerade anzunehmen, es sey zwar nach der Constitution des Kaisers Marcus wirklich so gewesen, aber nachher, unter dem Kaiser Antonin, nämlich Caracalla, geändert worden, wie aus *L. 1. C. Qui pet. tutor. vel curatores* erhelle; und dieß sey das Recht, was in den Institutionen gelehrt

46) S. *Jac.* CONSTANTINAEUS Subtil. Enodation. Lib. II. Cap. 9. (in *Thes. iur. Rom. Ottonian.* Tom. IV. p. 558.) *Ulr.* HUBER Digression. Justinian. P. I. Lib. III. Cap. 16. §. 2. pag. 219. besonders *Guil. de* HERTOGHE Tribonianus circa Legem Laetoriam non errans, sive Exercitat. acad. ad §. 2. J. de curat. contra *Jac.* RAEVARDUM. *Jenae* 1720. (in *Opuscul. iurid.* a *Jo.* WUNDERLICH *Hamburgi* 1768. 8. edit. pag. 1 — 24.)

47) Ad §. 2. J. de curator. (in *Jani a* COSTA Commentar. in Justiniani Institut. pag. 119. edit. *Jo. van de* WATER. *Lugd. Batav.* 1719.)

48) Cit. Comm. loc. cit.

49) Commentar. in Institut. ad §. 2. de Curat. pag. 83. (edit. *Trotz. Traj. ad Rhen.* 1739. 4.)

werde. Denn daß seit Marcus Antoninus der Grundsatz gegolten habe, Minderjährige erhalten nur auf ihr Verlangen Curatoren, beweisen alle oben angeführte Gesetzstellen [50]). Eben dieses bestärkt auch Theophilus in seiner griechischen Paraphrase [51]), wenn er gerade darin einen Unterschied zwischen der Tutel und Curatel setzt. Ἄκων οὐδεὶς κουρατωρέυεται, ἐπιτροπέυεται δέ τις καὶ μὴ βουλόμενος, d. h. *Invitus nemo* (sc. minor) *in cura est, tutelae autem nolentes etiam subjiciuntur.* Gajus sagt *libro I. de Manumissionibus* [52]): Namque perabsurdum est, in eligendo tutore firmum videri esse iudicium pupilli, cuius in omnibus rebus ut infirmum iudicium tutore

50) Man vergleiche hier vorzüglich *Ulr.* Huber citt. Digress. Justinian. P. I. Lib. III. cap. 15 — 17. pag. 213 — 225. *Arn.* Vinnius Commentar. ad §. 2. J. de curator. pag. 148. sq. (edit. *Lugdun.* 1761. 4.) *Jac.* Oiselius ad Gaji Institut. Lib. I. Tit. 8. not. 6. (in *Ant.* Schulting *Jurispr. Antejust.* pag. 66.) *Guil. de* Heineccius cit. Exercitat. §. 8 — 10. *Jo. Christ.* Franck cit. Problem. de success. liberor. matri etc. Cap. I. §. 5. not. b. pag. 7 — 10. *Jo. Hieron.* Hetzer Diss. ad Legem Laetoriam (*Lipsiae* 1749.) §. XII. not. i. (in *Dan.* Fellenberg *Jurispr. antiqua.* Tom. II. pag. 619.) Lud. Jul. Fried. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 226. Adolph Diet. Weber syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 72. Not. 3. S. 286. f. *Nic.* Smallenburg ad *Ant.* Schultingii Notas ad Dig. s. Pandect. Tom. IV. ad L. 33. §. 1. D. de administr. et peric. tut. vel curator. pag. 431. besonders *Phil.* Wasmuht Diss. ad §. 2. J. de Curator. *Lingae* 1736. 4.

51) Ad §. 2. J. de Curatorib. (bey Reitz Tom. I. p. 179.)

52) *L. ult. D. de manumiss. vindicta.* (XL. 2.)

auctore regitur. Dem Minderjährigen hingegen überließ man die freye Wahl seines Curators, sein iudicium in eligendo curatore ward also, nach einer richtigen Schlußfolge, nicht für infirmum gehalten. Daher durfte kein Anderer für ihn bitten ohne seinen Willen, weil man ihn für eine vollständige Person hielt, der seinen Willen vollkommen gültig erklären könne. Man konnte also auch eigentlich bey einem Minderjährigen nicht sagen, er bedürfe eines Curators, wie der Pupill eines Tutors, ut infirmum eius iudicium *curatore auctore* regatur; nur wenn er einmal unter der Curatel stand, konnte er ohne Einwilligung seines Curators gültig nichts unternehmen, was mit der Verwaltung seines Vermögens in Verbindung stand, weil ihm diese durch die Curatel entzogen war[53]. Es gab zwar allerdings Fälle, in welchen der Minderjährige durchaus einen Curator haben mußte, und wo auch ein Anderer, wenn der Minderjährige nicht selbst darum bat, auf die Ernennung desselben dringen konnte. Diese Fälle sind auch oben angeführt worden. Allein dieß wären Ausnahmen von der Regel. Eben so ist nicht zu läugnen, daß wenn der Minderjährige bisher unter der Tutel gestanden, er davon nicht eher befreiet wurde, als wenn er um einen Curator gebeten hatte, und diesen behielt er dann auch bis zur Großjährigkeit[54]. Daher hatten gewiß

53) S. von Löhr über die Röm. Begriffe von Tutel und Curatel, im Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung 3. B. S. 33. f.

54) Hierauf gehen die oben S. 12 — 16. aus Gajus Ulpian und Justinian angeführten Stellen; und von diesem Falle spricht dann auch wohl Callistratus, wenn er *L. 33. §. 1. D. de administr. et peric. tutor. vel curator.* sagt: Officium tutorum, curatoribus constitutis, finem accipit.

die meisten Minderjährigen bey den Römern ihre Curatoren, und waren auch, wenn sie von ihren Tutoren Rechnung abgelegt haben wollten, genöthiget, sich einen Curator zu erbitten. Allein alles dieses hebt noch nicht die Regel auf, welche selbst in Justinians Institutionen, als gesetzlicher Grundsatz aufgestellt wird: Inviti adolescentes curatores non accipiunt. Denn hatten Minderjährige vorher keinen Tutor gehabt, sondern sie hatten ihren Vater erst nach erreichter Mündigkeit verloren, was war nun für ein Zwangsmittel übrig, um sie, nöthigen, daß sie um einen Curator baten, wenn sie selbst keinen verlangten? Erklärten etwa die Gesetze die Handlungen solcher Minderjährigen, die keine Curatoren hatten, für nichtig? Dieses hätte geschehen müssen, wenn jeder Minderjährige genöthiget gewesen wäre, sich einen Curator zu erbitten. Allein die Gesetze sagen das Gegentheil [55]). Kam ja ein Fall vor, wo der Minderjährige durchaus einen Curator haben mußte, z. B. zu einem Processe, oder zum Empfang einer Zahlung, so kam es auf ihn an, ob er blos zu dem vorhabenden einzelnen Geschäft, oder auch für die Zukunft den Curator haben wollte. Daraus erklärt sich denn die Eintheilung des Curators in generalis und specialis, deren die Gesetze [56]) an mehreren Orten gedenken. Letzterer

55) *L. 3. Cod. de in integr. restitut. minor.* (II. 22.)

56) *L. 61. D. de iure dot.* Sive *generalis curator*, sive *dotis dandae causa* constitutus sit, etc. Da diese Stelle aus des Terentius Clemens *libro III. ad Leg. Juliam et Papiam* genommen ist; so sprach wohl dieser Jurist eigentlich von der Tutel über Weiber, denen nach Vorschrift der Lex Papia Poppaea von dem Praetor urbanus ein Tutor zur Bestellung der Dos gegeben

ward nur für einzelne Zwecke gegeben, und sein Amt endigte sich, wenn dieser Zweck erreicht war. Curator enim *et ad certam causam* dari potest, sagt Justinian 57). Hierin setzt Theophilus wieder einen Unterschied zwischen Tutor und Curator: *ἐπίτροπος ἐπὶ φενερᾷ δίκῃ δοθῆναι οὐ δύναται, κουράτωρ δὲ καὶ πάνυ*: d. h. *Tutor ad certam litem dari non potest, curator autem vel maxime.* Hätte hingegen der Minderjährige einen curator *generalis* erhalten, so konnte er solchen nicht wieder aufgeben; selbst Heyrathen und Kinderzeugen hatte auf die frühere Endschaft der Curatel keinen Einfluß 58), so sehr auch übrigens nach der Lex Julia et Papia Poppaea in andern Fällen darauf Rück-

werden mußte, wenn der legitimus tutor noch unmündig war. Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 20. Die Stelle ist daher unstreitig interpolirt, und *curator* statt *tutor* gesetzt worden. S. *Jo. Gottl.* Heineccius ad Leg. Juliam et Papiam Popp. Commentar. Lib. II. Cap. 13. pag. 267. *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. Lib. XXIII. Tit. 5. §. Ex hactenus dictis., besonders *Jos. Fern. de* Retes Opusculor. Lib. I. Cap. 5. (in *Thes. Meerman.* T. VI. pag. 37.)

57) §. 2. *in fin. J. de curator.*

58) *L.* 2. *D. de minorib.* Ulpian. *libro XIX. ad Leg. Jul. et Pap.* Nec *per liberos suos* rem suam maturius a curatoribus recipiat. Quod enim legibus cavetur, *ut singuli anni per singulos liberos demittantur*, ad honores pertinere, Divus Severus ait, non ad rem suam recipiendam. Statt demittantur lesen Haloander, Miräus, Chevallon, Merkinus, Baudoza und auch Beck remittantur. Die *Basilica T. I. Lib. X. Tit. 4. Const. 2. pag.* 614. haben: *ἕκαστον παῖδα ἀντὶ ἐνιαυτοῦ λογίζεσθαι*, i. e. *ut singuli liberi pro singulis annis computentur.*

sicht genommen wurde [59]). Es stand nicht einmal in der Macht einer Magistratsperson, die einmal für die Jahre der Minderjährigkeit angeordnete Curatel wieder aufzuheben. Nur der Kaiser konnte durch ein Privilegium Befreyung von der Curatel ertheilen, und auch die Kaiser thaten es, wie Ulpian [60]) bemerkt, nur sehr selten.

59) Die Lex Papia Poppaea gab bey der Bewerbung um Ehrenstellen unter mehreren Candidaten demjenigen den Vorzug, der bey gleichen Fähigkeiten zugleich in der Ehe lebte, und Kinder, oder die mehresten Kinder hatte. Soviel Kinder er hatte, so viele Jahre wurden ihm nachgelassen an seinem Dienstalter. Ausser Ulpian in L. cit. 2. sagt dieses auch Tacitus *Annal. Lib. II. cap.* 51. Dieses Gesetz wollte man auch auf die Curatel der Minderjährigen anwenden, und glaubte, dieselbe müßte sich auch um so viele Jahre früher endigen, als der Minderjährige in der Ehe Kinder gezeugt hätte. Allein durch die Verordnung des Kaisers Severus ward diese Ausdehnung verworfen. Daß eheliche Fruchtbarkeit bey Minderjährigen die Jahre der Minderjährigkeit und also auch die Dauer der Curatel nicht abkürze, hat der Kr. Gordian nochmals bestätiget. *L.* 2. *C. de in integr. restitut. minor.* (II. 22.) und *L.* 12. *Cod. de administr. tutor. vel curator.* (V. 37.) Man sehe auch Heineccius ad Leg. Juliam et Papiam Poppaeam Comment. Lib. II. cap. 7. §. 5. pag. 201 sqq. und Dompierre *de* Jonquieres Specim. de Restitutionibus in integrum. Tit. IV. de Minoribus XXV. annis. §. 94. pag. 321.

60) *L.* 3. *pr. D. de minorib.* Ulpianus *libro XI. ad Edictum.* Denique *Divus* Severus et Imperator noster huiusmodi Consulum et Praesidum decreta quasi ambitiosa esse interpretati sunt. Ipsi autem perraro minoribus rerum suarum administrationem extra ordinem indulserunt, et eodem iure utimur. Wie Ul-

Hatte hingegen ein Minderjähriger bisher weder einen Tutor noch Curator gehabt; so konnte ihm nichts an der

pian hier noch der Consuln habe gedenken können, welche doch zu seiner Zeit schon längst nicht mehr das Recht gehabt hätten, Vormünder zu bestellen, weil Kaiser Marcus den Praetor tutelaris an ihre Stelle gesetzt habe, haben sich viele nicht erklären können. *Jac.* Raevardus Varior. Lib. I. cap. 16. (*Opp.* Tom. I. p. 464.) glaubte daher, es müsse die Lesart vielleicht fehlerhaft seyn, und statt Consulum vielmehr *Proconsulum* gelesen werden. Diese Emendation ist nun zwar allgemein verworfen worden, weil nicht nur die *Basilica* Tom. I. Lib. X. Tit. 4. Const. 3. pag. 614. die gemeine Lesart bestärken, welche auch ὕπατοι ἢ ἄρχοντες haben, sondern auch hier gar nicht die Rede von der Bestellung der Vormünder, sondern vielmehr von Ertheilung der venia aetatis sey, wie insonderheit *Jo.* Steck Vindication. Legum anticriticar. Cap. 4. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. I. pag. 511. sq.) mit Recht dagegen erinnert hat. Allein wenn er selbst meint, daß dieses Recht, nämlich die Minderjährigen vor der Zeit von der Curatel zu befreyen, zur Zeit Ulpians den Consuln zugestanden habe, so ist dieß ein offenbarer Irrthum, der durch diese Stelle Ulpians selbst schon widerlegt wird. Denn dieß sind ja eben die Decrete, welche von den Kaisern quasi ambitiosa verworfen worden sind. Eben so wenig Beyfall verdient auch die Meinung des *Jac.* Constantinaeus Subtil. Enodation. Lib. II. cap. 9. (in *eod. Thes. J. R.* Tom. IV. pag. 557.) welcher behauptet, die Consuln hätten nach Antonin durch kaiserliche Constitutionen das Recht erhalten, über testamentarische Tutelen zu erkennen. *L.* 1. §. 1. *D. de confirm. tut.* Diese Constitutionen führe nun Ulpian hier namentlich an, wodurch den Consuln auch zugleich das Recht ertheilt worden, den Minderjährigen vor der Zeit die eigene Verwaltung ihres Vermögens zu gestatten, und

freyen Verwaltung seines Vermögens hindern [61]). Nur wenn derselbe in Raserey fiel, oder mit seinem Vermögen

die Macht des praetoris tutelaris beschränkt worden sey. Denn Ulpian sagt gerade das Gegentheil. Die richtigste und einfachste Erklärung von unserer Stelle giebt unstreitig *Jac.* Gothofredus Animadversion. iuris civ. Cap. IV. (in *Thes. eod. Otton.* Tom. III. pag. 274. sq.) welchem auch *Jo. Car. van* Wachendorff in Dissertationum Triade (*Traject. ad Rhen.* 1730. 8.) Diss. I. Cap. 3. §. 5. pag. 122. beystimmt. Nämlich Minderjährige, der Großjährigkeit sich nähernd, welche unter der Curatel standen, pflegten sich zuweilen an die höhern Magisträte, die Consuln oder Statthalter der Provinzen, zu wenden, und Decrete über venia aetatis auszuwirken. Da dieses de facto, nicht de iure geschahe, indem die Ertheilung eines solchen Privilegiums nur dem Kaiser zustand; so wurden dergleichen Decrete der Consuln oder Statthalter der Provinzen von den Kaisern Severus und Antoninus Caracalla, für quasi ambitiosa, d. h. für solche erklärt, welche aus bloßer Begünstigung, gegen alles Recht und gute Ordnung wären ertheilt worden. Dieß ist die wahre Bedeutung von *decreta ambitiosa*, wie *Jac.* Raevardus Variorum Lib. V. cap. 6. (*Opp.* Tom. I. pag. 640. sq.) *Arn.* Drackenborch ad *Livium.* Lib. XLV. cap. 36. not. 8. *Jo. Aug.* Ernesti Clav. Ciceron. voc. *Ambitiosus.* *Jo. Car. van* Wachendorff cit. Triad. pag. 123. und *Car. Frid.* Zepernick ad *Siccamam* de Judicio Centumvirali. Lib. I. Cap. 6. not. g. pag. 52, gezeigt haben. Die ganz falsche Erklärung von *Guil.* Fornerius Selection. Lib. I. cap. 17. (in *Thes. J. R. Otton.* T. II. pag. 26.) hat schon *Aug. a* Leyser Meditation. ad Pandect. Vol. X. Specim. DCLXXV. pag. 969. sqq. widerlegt.

61) S. *Ant.* Fabri Rational. in Pandect. Tom. I. ad L. 1. §. 3. D. de Minorib. XXV. annis. pag. 505.

so schlecht zu wirthschaften anfieng, daß man ihm die eigene Verwaltung desselben nicht länger in den Händen lassen konnte; war die Obrigkeit berechtiget, nach vorhergegangener Untersuchung mit Bestellung eines Curators einzuschreiten. Da es nach der Constitution des Kaisers Marcus bey Bestellung der Curatoren für Minderjährige auf keine andere Ursache weiter ankommen soll, als auf Minderjährigkeit des Alters; so soll, nach einem Rescript des Kaisers Antoninus Caracalla, in diesen Fällen dem Minderjährigen, nicht weil er furiosus oder prodigus ist, sondern blos seines Alters wegen ein Curator gegeben werden [62]. Es ist dieses auch ganz der Analogie dessen gemäß, was schon früher bey einem impubes furiosus war angenommen worden. Denn schon unter den älteren Rechtsgelehrten war Zweifel entstanden, ob das Gesetz der zwölf Tafeln von der cura furiosorum auch Unmündige mit unter sich begreiffe. Quintus Mucius verneinte dieses, und zwar mit Recht, weil das Gesetz nur von einem solchen furiosus spricht, *cui custos nec escit,* wie Festus [63]) sagt, welche Worte ohne Zweifel verba legitima sind, und dem Gesetz der XII Tafeln angehören [64]). Für den impubes furiosus aber wird ja schon durch Tutel gesorgt. Der Meinung des Mucius stimmte auch Julian bey. Und auf diese Interpretation ward in der

62) S. *Jac.* Oiselius und *Ant.* Schulting ad *Gaji* Institutiones Lib. I. Tit. 8. not. 7. (in *Jurisprud. Antejust.* pag. 67.)

63) Voc. Nec. pag. 12. edit. *F.* Ursini 1583. 8.

64) S. *Jac.* Gothofredus ad Legg. XII. Tabular. (in *Thes. Otton.* Tom. III. pag. 107 et 172.) und Dirksen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. S. 369. ff.

Praxis der Grundsatz gebaut, daß der furiosus nur insofern unter einer cura stehe, als er nicht des unmündigen Alters wegen einen Tutor habe, oder erhalte[65]), wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 3. *pr. et* §. 1. *D. de tutelis.* ULPIANUS *libro XXXVII. ad Sabinum.* Qui habet tutorem pupillus vel pupilla, si furere coeperint, in ea causa sunt, ut in tutela nihilo minus durent: quae sententia QUINTI quoque MUCII fuit, et a JULIANO probatur: eoque iure utimur, ut cesset cura, si tutelae aetas indigeat. Quare si tutores habent, per furorem in curam non rediguntur: sive[66]) non habent, et furor eis accesserit, nihilo minus tutores accipere poterunt: quia *lex duodecim tabularum* ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat.

Quia autem in pupillorum persona adgnatos curatores non admittimus, idcirco putavi, *etsi minor viginti quinque annis furiosus sit, curatorem ei non ut furioso, sed ut* ADOLESCENTI *dari, quasi* AETATIS *esset* IMPEDIMENTUM: et ita definiemus, ei, quem aetas curae vel tutelae subjicit, non esse necesse quasi dementi quaeri curatorem. Et ita Imperator ANTONINUS Augustus rescripsit, cum magis aetati, quam dementiae tantisper sit consulendum.

Hierauf bezieht sich nun auch die *L.* 1. *Cod. de cu-*

65) S. *Franc. de* AMAYA Observation. iuris Lib. I. Cap. 8. pag. 51. sqq.

66) Haloander und Miräus lesen *si vero.* Allein dieß ist hier gerade die Bedeutung von dem Worte *Sive.*

ratore furiosi vel prodigi (V. 70.); ein Rescript des Kaisers Antoninus, vielleicht das nämliche desselben Caracalla, dessen Ulpian hier gedenkt, wenigstens wird dadurch Ulpians Entscheidung vollkommen bestätiget. Es lautet so:

Curatores, impleta legitima aetate, prodigis vel furiosis solent tribui. PP. MESSALA *et* SABINO Coss. A. P. N. C. 214.

Der Unterschied ist, wie Hugo Donellus [67]) gezeigt hat, nicht unbedeutend. Denn ist dem minor furiosus ein Curator gegeben worden, nicht wegen seines Wahnsinns, sondern bloß seines Alters wegen (tanquam adolescenti); so endiget sich die Curatel nicht eher, als nachdem er die Großjährigkeit erreicht hat, wenn er auch den Gebrauch des Verstandes schon früher wieder erhalten hätte. Er behält also den Curator solange, bis er großjährig geworden ist, wenn er auch schon lange vorher vom Wahnsinn wäre befreit worden. Dahingegen endiget sich aber auch mit eingetretener Majorennität die Alters-Curatel, wenn gleich der majorenn gewordene furiosus vom Wahnsinn noch nicht geheilt seyn sollte. Ein ganz anders Verhältniß würde eintreten, wenn dem minor furiosus blos wegen Wahnsinns (tanquam furioso) ein Curator wäre gegeben worden. Hier würde der Curator abtreten müssen, sobald der furiosus wieder zu Verstande gekommen ist, hätte er auch das Alter der Großjährigkeit noch nicht erreicht. Er würde aber auch nach eingetretener Majorennität den ihm gegebenen Curator behalten, wenn der Zustand des Wahnsinns fortdauernd bliebe.

67) Commentar. de iure civ. Lib. III. cap. 18. §. 12. (Vol. II. pag. 226. edition. noviss. *Norimberg*.)

§. 1322.

Deutsches Recht. 1) älteres Recht.

Obwohl das Römische Recht in der Lehre von der Vormundschaft noch heut zu Tage die Regel ausmacht[68]; so ist doch nicht zu läugnen, daß das heutige deutsche Recht in mehreren Puncten von dem Römischen abweicht[69].

68) S. Runde Grds. des allgem. deutschen Privatrechts. §. 622.

69) S. *Aug. a* Leyser Historia iuris tutelaris apud Germanos. (in *Meditation. ad Pand.* Vol. V. Specim. CCCXXVII.) *Ge.* Beyer Diss. de hodierna tutorum et curatorum minoribus datorum differentia. *Lipsiae* 1703. 4. *Jo. Pet. de* Ludewig Differentiae iurium Rom. Graeci, Germ. etc. in aetate puberum et maiorum. *Halae* 1725. 4. *Car. Guil.* Gaertner Diss. Jure Germanico inter impuberes et minores, tutores et curatores non distingui. *Lipsiae* 1732. 4. *Jo. Hieron.* Hetzer Diss. ad Leg. Laetoriam. §. XIII. (in *Dan.* Fellenberg *Jurisprud. antiqua* Tom. II. pag. 620—622.) *Jo. Th.* Seger brevis Curarum historia. §. XIV. et XV. (in *Opuscul.* pag. 136. sq.) *Jo. Christ.* Brandenburg Commentat. iurid. exponens Differentias iuris Romani inter pupillos et minores, tutores et curatores; nec non principia de applicatione earum hodierna. *Hannoverae* 1793. 8. Joh. Fried. von Meyer gekrönte Preisschrift von den Unterschieden zwischen Tutel und Curatel, Unmündigen und Minderjährigen, nach Röm. und Deutschem Rechte. Frankfurt am Mayn 1803. 8. 2. Th. S. 95 — 143. H. F. Ch. von Lyncker Abhandl. von der Vormundschaftsbestellung. 1. Th. §. 9. S. 19 — 24. Christoph Christ. Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. (Halle 1818.) §. 299. und C. J. A. Mittermaier Grundsätze des

Aber auch selbst die ursprünglich deutschen Rechte haben durch Amalgamirung mit den fremden Rechten so mancherley Abänderungen erlitten, daß sie oft kaum mehr zu erkennen sind. Denn so kannten die ältesten Gesetze der Deutschen so wenig einen Unterschied zwischen Unmündigkeit und Minderjährigkeit, als zwischen Tutel und Curatel [70]). So wie nämlich in ihren lateinischen Gesetzen der Minderjährige mit dem Ausdruck pupillus, und die Curatel mit dem Ausdruck tutela bezeichnet wird [71]); eben so werden in den deutschgeschriebenen Gesetzen derselben [72]) Unmündige diejenigen genennt, die vor ihren

gemeinen deutschen Privatrechts. 2. Abth. §. 378. (der 3. Ausgabe)

70) Anderer Meinung ist zwar *Frid. Es. a* PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 48. Allein man sehe dagegen von Meier angef. Preisschrift §. 31. S. 107. f. besonders KORTHOLT Different. iuris Romani et Heilbronn. in tutelis §. 20. sq. und BRANDENBURG cit. Commentat. §. 8. pag. 23.

71) S. *Lex Salica*, a CAROLO *M.* emendata. Capitula general. Nr. XXIV. (in *Jo. Ge.* ECCARDI *Legg. Francor. Salicis et Ripuarior. Francof.* et *Lipsiae* 1720. f. pag. 182.) *de tuitione pupillorum. Lex Burgundion.* Tit LXXXV. (in GEORGISCH *Corp. iuris Germ. antiqui.* pag. 394.) *de tutela minorum.* (Die *Lex Rom. Burgundionum* ab *Aug. Frid.* BARKOW edit. et notis illustrat. *Gryphiswald.* 1826. 8. welche Tit. XXXVI. auch *de tutelis minorum* handelt, ist blos römisch.) Man vergleiche ferner die *Lex Wisigothor. Lib. IV. Tit.* 3. *de pupillis et eorum tutoribus.* (Bey GEORGISCH pag. 1966. sqq.)

72) Sachsenspiegel *Lib. I. Art.* 42. 23. 25. *Lib. II. Art.* 65. Sächs. Lehnrecht. Kap. 26. Schwabenspiegel Kap. 1. Nürnbergische Vormund-

Tagen, und die binnen ihren Tagen sind, oder die vor ihren Jahren, und die binnen ihren Jahren sind, und also des Mundiums, das heißt, eines fremden Schutzes bedürfen [73]); diejenigen aber, die zu ihren

schafts-Ordnung vom J. 1399. in Siebenkees Beyträgen zum deutschen Rechte. 2. Th. S. 214. ff. S. auch Stryk Us. mod. Pand. Lib. XXVI. Tit. 1. §. 9. Es ist offenbar unrichtig, wenn einige, z. B. Beyer Diss. cit. de bod. tutor. et curator. diff. §. 34. und Hertogee in Diss. Tribonianus circa Leg Laetoriam non errans. §. XII. (*Opusc.* pag. 23.) die Ausdrücke des Sachsenspiegels „vor seinen Tagen und nach seinen Jahren" so haben verstehen wollen, als werde dadurch der Unterschied zwischen Unmündigen und Minderjährigen angedeutet. Aus den angef. Art. XLII. erhellet vielmehr, daß Tage und Jahre für gleichbedeutend genommen werden. S. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 3. Band. §. 293. und Meiers angef. Preisschrift. §. 30. S. 98. f.

73) Das Wort *mundium*, von welchem die Benennung mündig ohne Zweifel abstammt, bedeutet in den lateinisch abgefaßten Gesetzen der alten Deutschen, den Legibus Alamannorum, Longobardorum, den Capitularibus RR. Francor. und anderer deutschen Völker soviel als tutela, defensio, tuitio von dem altdeutschen Worte *munden*, welches soviel als beschirmen oder schützen heißt. S. *Car. du* Fresne Glossar. ad scriptor. mediae et inf. Latinitat. voc. *Mundium*, und *Jo. Ge.* Wachter Glossar. German. voc. *Mund* und *Munden*. Daher *Mund*, *Mundius*, *Munder*, *Mundwalt*, *Mundualdus*, *Mundovaldus*, soviel als tutor. S. *Christ. Gottl.* Haltaus Glossarium German. medii aevi. Tom. II. voc. *Mundwalt*. Und *mündig*, welcher das Alter erreicht hat, daß er für fähig gehalten wird, sich und sein Vermögen selbst zu schützen und zu vertheidi-

Jahren gekommen sind, und also sich selbst zu schützen, und ihrem Vermögen vorzustehen fähig sind, Mündige. Auch die Benennungen Vormünder, Pfleger, Pflegeväter, werden eben so willkührlich gebraucht, wie die Ausdrücke tutores und curatores [74]. Anfangs gab es auch noch keine bestimmte Gränze der Unmündigkeit oder Minderjährigkeit nach Jahren. Man beurtheilte die Mündigkeit blos nach körperlichen Kennzeichen, worüber der Augenschein entschied [75]), und diese Mündigkeit ward anerkannt durch öffentliche Anlegung der Heldentracht, welche,

gen. Wachter voc. *Mündig*. Gleiche Bedeutung, wie Mundium, hat das Wort *Mundburd*, *Mandeburdium*, *Mundiburdium*, gleichsam onus tutelae. Daher *Mundburdschaft*, soviel als Vormundschaft, und *Mundeburdi* Vormünder. S. Haltaus voc. *Mundburd*, *Mundburdschaft*. Vormünder, welche die Bürde der Tutel tragen, werden daher *Trueger*, auch *Treustraeger*, gleichsam mit Treue tragen oder führen, sowie auch *baiuli* genennt. S. Haltaus und Wachter voc. *Traeger*, und *Du* Fresne voc. *Baiulus*. Ueberhaupt vergleiche man hier noch *Jo. Jac.* Frey Comment. de Muntmannis, qua simul quid *mundiburdium* fuerit, uberius ostenditur. *Norimb.* et *Altdorf.* 1749. 4. §. II—IV. und Joh. Bernh. Wiesner's Vormundschaftsrecht. §. 2. Das Mundium stand übrigens bey den Deutschen der Familie zu, und die Vormundschaft war Familiensache, so daß die Verwandten auch den Vormund wählten, oder wenn auch der Richter den Vormund ernannte, die Verwandten doch zur Wahl beygezogen werden mußten. S. Mittermaier Grds. des gem. deutschen Privatrechts. §. 365.

74) S. *Jo. Gottl.* Heineccius Element. iuris. German. Tom. I. Lib. I. Tit. 15. §. 360. Not. *).

75) Man vergleiche hier den Sachsenspiegel Buch I. Art. 42.

gleich der toga virilis, den halbnackten Körper des jungen Deutschen zierte [76]). Eher schritt auch nicht leicht der Deutsche zur Ehe. Daher sagt Pomponius Mela [77]) von den Deutschen: *longissimam apud eos esse pueritiam*, mit welchem Ausdruck er nichts anders, als das minderjährige Alter oder die Unmündigkeit bezeichnen will [78]); und Julius Cäsar [79]), der auch von

76) Tacitus *de moribus Germaniae Cap. XIII.* sagt: Sed arma sumere non ante cuiquam moris, quam civitas suffecturum probaverit. (oder wie Ernesti gelesen wissen will: *quam civitati se maturum probaverit*). Tum in ipso concilio vel principum aliquis, vel pater, vel propinquus *scuto frameaque iuvenem ornant.* Haec apud illos *toga*, hic *primus iuventae honos:* ante hoc domus pars videntur, mox reipublicae. Man sehe Runde Grds. des allgem. deutschen Privatrechts §. 294. und Danz Handbuch 3. B. S. 33. ff.

77) *De situ Orbis Lib. III. cap. 3.*

78) *Isaac.* Voss Observation. ad Pompon. Melam; adject. edit. *Abrah.* Gronovii (*Lugd. Batav.* 1722. 8.) pag. 534. versteht zwar den Ausdruck *pueritia* anders, nämlich von der *ἀναφροδισία*, i. e. abstinentia a Venere. Er verweist auf Tacitus *de morib. Germanor.* Cap. 20. wo es heißt: Sera iuvenum Venus, ideoque inexhausta pubertas. Eben so *Pet.* Ciacconius Not. ad *Pomp. Melam* ibidem (edit. *Gronov.* pag. 672.) Allein was Mela unmittelbar vorher sagt, die Deutschen wären auch bey der größten Kälte nackend gewesen, antequam *puberes* sint, beweist klar, daß er unter *pueritia* die aetas pupillaris oder die Minderjährigkeit versteht. S. Heineccius c. l. §. 334. Not. *) und *Jo. Aug.* Ernesti ad *Tacitum* l. c. T. II. pag. 435.

79) *De bello Gall. Lib. VI. cap.* 21. Intra *annum* vero *vigesimum* feminae notitiam habuisse, in turpissimis habent rebus.

den Celten sagt: diutissime impuberes permanserunt, erzählt uns, sie hätten es für die größte Schande gehalten, vor dem zwanzigsten Jahre ein Weib zu nehmen. Ein Alter von zwanzig Jahren scheint daher die ursprüngliche Gränze der Unmündigkeit gewesen zu seyn. Denn daß es hierbey nicht blos auf Keuschheit abgesehen gewesen, sondern dieses Alter zum allgemeinen Pubertätstermin angenommen worden sey, bis zu welchem auch die Vormundschaft gedauert habe, beweisen die Gesetze der ältesten deutschen Völker [80]). In dem Westgothischen Gesetzbuche [81]) wird dieses Alter das vollkommene ge-

80) Man sehe hier vorzüglich *de* Ludewig citt. Differentiae iurium in aetate puberum et maiorum. Cap. III. §. 2 — 14. und Heineccius c. l. §. 334 — 341.

81) *Lex Wisigothorum Lib. IV. Tit.* 3. *L.* 3. (in Georgisch Corp. iur. Germ. ant. pag. 1967.) Quod si mater alium maritum acceperit, et aliquis de filiis iam ad *perfectam*, id est, *usque ad XX. annorum perveniat aetatem*, ipse iuniores fratres sua tuitione defendat. Mit dieser Stelle steht zwar im Widerspruche, wenn in demselben Titel L. 1. einer Verordnung des Königs Chindaswind, gesagt wird: Ob hoc licet hactenus, a patre tantum relicti parvuli filii, pupilli nuncupentur: tamen quia non minorem curam erga filiorum utilitatem, matrem constat frequenter impendere, ideo ab utroque parente, hoc est, patre vel matre *infra XXV. annos*, filios post mortem relictos, pupillos per hanc legem decernimus nuncupandos. Nach diesem Gesetz wäre also das Ende der Minderjährigkeit erst mit 25 Jahren eingetreten. Allein wahrscheinlich ist hier die Lesart fehlerhaft. Schon Ludewig Different. cit. Cap. III. §. 7. Not. (*) pag. 53. klagt, daß die gemeine Ausgabe der Westgothischen Gesetze sehr fehlerhaft sey. Ludewig besaß einen Per-

nennt, mit welchem ein Bruder Vormund seiner jüngern Geschwister werden konnte, und in den Gesetzen der Normannen[82]) heißen Minderjährige diejenigen, die noch

gament-Codex von diesen Gesetzen, in welchem statt der Zahl XXV., wie er bezeugt, ganz deutlich XV. gelesen werde. Wäre die Zahl XXV. richtig, so würde dieser Termin der Minderjährigkeit, abweichend von allen übrigen Gesetzen der deutschen Völker, der römische seyn. Daß aber dieser Termin gerade in einer Verordnung desselben Königs Chindaswind sollte sanctionirt worden seyn, der den practischen Gebrauch aller fremden Gesetze, und namentlich des Römischen Rechts verboten hatte, (S. *LL. Wisigoth. Lib. II. Tit.* 1. *L.* 9. und von Savigny Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter 2. B. S. 76.) ist nicht glaublich. Ich glaube vielmehr die wahre Lesart der L. 1. sey: *infra XX. annos.* Wenn die angeführte *L.* 3. die Ueberschrift: Antiqua hat; so ist zu bemerken, daß man diejenigen Stellen, die nicht mit Gewißheit einem einzelnen Gothischen König, als Gesetz desselben, zugeschrieben werden konnten, sondern die man aus alten Gothischen Rechtsgewohnheiten, und vielleicht auch aus dem Recht anderer germanischen Stämme aufzunehmen für gut gefunden hatte, in dem gothischen Gesetzbuche mit jenem Namen bezeichnet habe. S. *Christ. Gottl.* Biener Commentarii de origine et progressu Legg. iuriumque Germanicor. P. I. Lib. I. cap. 3. §. 37. Not. 5. pag. 109. sq. und von Savigny a. a. O. S. 67.

82) *Legg. Normann. Tit. VII.* Minorem autem aetatem habere dicuntur, *qui nondum spatium XX annorum compleverunt:* qui *in tutela* usque ad *vicesimum annum completum* tenendi sunt. Von der Frauensperson heißt es nachher noch insonderheit; Femina tamen, nisi per matrimonium, custodiam (i. e. tutelam) non egreditur, nec etiam aetatem (sc. legitimam) habere

nicht den Zeitraum von zwanzig Jahren erfüllt haben, und daher bis dahin unter der Tutel stehen müssen. Hiermit stimmen auch die Gesetze und alten Statuten von Orleans, Angers und Poitou überein [83]). Gleiches Recht galt auch bey den Sachsen. Doch fügten sie noch ein Jahr hinzu, binnen welchem der während der Minderjährigkeit verletzte Jüngling vor Gericht erscheinen, und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen könne, wie dieses zu demselben Zweck auch bey den Normannen [84]), und Franken [85]) verordnet war, so daß also die vollkommene Mündigkeit oder Großjährigkeit erst mit

dicitur, *quousque XX. annos compleverit.* S. *de* Ludewig c. l. §. 8. pag. 53.

83) S. Heineccius c. l. §. 341. und *de* Ludewig c. l. §. 11. 12. et 13.

84) *LL. Normann.* Tit. VII. Unus enim ultra annus eis conceditur ex usu Normanniae, quo clamorem de revocatione Saisinae antecessorum (i. e. alienatae possessionis) per inquisitionem (i. e. per actionem) debent in curia proponere. — Sciendum est, *quod dux Normanniae habet custodiam* (i. e. tutelam) *minorum, quousque XXI. annos habuerint completos.* Ea videlicet ratione, quod cum a custodia exierint, dessaisinas (i. e. possessiones alienatas) ad eos pertinentes, potest inquirere (i. e. vindicare in iudicio) et eas eis tenentur restituere, si male fuerint alienatae. S. *de* Ludewig c. l. §. 8.

85) In einer Urkunde vom J. 1214. bey Du Fresne in Glossar. med. et inf. Latinitatis. voc. *Aetas.* heißt es: Scire vos volumus, quod *consuetudo antiqua,* et per ius approbata, talis est in regno Franciae, *quod nullus ante XXI annum potest vel debet trahi in causam.*

21 Jahren eintrat [86]). So wie jedoch bey den Norddeutschen 20 Jahre für die Zeit der Minderjährigkeit galten; so wurden in andern, besonders mittäglichen Ländern, schon 18 Jahre für hinreichend gehalten. Darum ist nach dem Schwabenspiegel [87]) schon ein Jüngling von 18 Jahren majorenn, und dieser Termin ward in mehreren Provinzen und Städten Deutschlands angenommen [88]). Es bewährt sich also aus den angeführten Gesetzen, daß der römische Unterschied zwischen Tutel und Curatel den Deutschen vor Einführung des Röm. Rechts ganz unbekannt war, und daß sich die Vormundschaft mit 20 oder 21 Jahren oder auch schon früher mit 18 Jahren endigte. Eine Curatel der Minderjährigen in der Art, daß der Mündiggewordene an keinen Vormund gebunden gewesen, und der Minor nur, wenn er wollte, einen Vermögensverwalter erhalten hätte, kommt also auch darin nicht vor. In dem Sächsischen Landrechte [89]) heißt es zwar: „Vor

86) Sachsenspiegel *Lib. I. Art. XLII.* „Ueber ein und zwanzig Jahr ist der Mann zu seinen Tagen kommen. S. Carl Wilh. Gärtners Sächs. Landrecht (Leipzig 1732. f.) S. 95.

87) Schwäbisches Landrecht Kap. CCCXXVII. §. 6. (in Corp. iuris German. a Senckenbergio et Koenig a Koenigsthal concinn. Tom. II. pag. 385.) „*Wann eyn Mann kommet zu achtzehen Jahren, so hat er seyn volle Tag.*“

88) Beyspiele führen an *Christ. Gottl.* Riccius Spicileg. iuris German. Lib. I. Tit. 2. pag. 68 sq. und Heineccius c. l. §. 343. Diesen sind aber noch beyzufügen: Statuta Stadensia de A. 1279. descripta in Diss. praes. Püttero a *Nic. Ant. Henr. Jul. de* Grothaus hab. *Goett.* 1766. 4. Cap. IV. §. 3. pag. 62.

89) Buch *I.* Art. 42. S. 95. bey Gärtner.

seinen Tagen, und nach seinen Tagen mag ein Mann wohl einen Vormund haben, ob er dessen bedarf, und mag dessen auch entbehren, wenn er will. Allein schon aus dem Artikel selbst ist zu ersehen, daß durch die Worte: vor seinen Tagen, das minderjährige Alter, durch die Worte: nach seinen Tagen, aber das Greisenalter angedeutet werden solle. Denn bald nachher wird gesagt: über ein und zwanzig Jahr ist der Mann zu seinen Tagen kommen, d. h. nun ist er mündig oder majorenn geworden; und über sechzig Jahr, so ist er über seine Tage kommen, d. h. nun ist er ein Greiß. Nur also in dem Falle, da der Mann schon Großjährig, ja schon Greiß ist, wird gesagt: daß er einen Vormund haben solle, wenn er will. Die Richtigkeit dieser Erklärung bestätigt auch der lateinische Text: *Ante tempora discretionis*, et *tempore senectutis*, potest unusquisque tutorem habere, *si voluerit*, vel *absque tutore sui iuris permanere*. — Post vigesimum unum annum homo discretionis attigit annos, et post sexaginta annos, dies transcendit eosdem. *Quare tutorem*, *si voluerit*, IBIDEM *habeat* [90]). Eben dieß ist auch der Sinn des Schwabenspiegels [91]), wenn es daselbst heißt: „Will er, so mag er Vormund nehmen; will er nicht, so mag er sein wohl entbehren.“ Denn auch dieses bezieht sich blos auf den Fall, wenn ein Großjähriger einen Vormund verlangt. Z. B. wenn er wegen Kränklichkeit, oder

90) S. HETZER Diss. cit. ad Leg. Laetoriam. §. XIII. not. c. (bey FELLENBERG in *Jurispr. antiqua*. Tom. II. pag. 621.) und SEGER brevis curarum historia. §. XV. (in *Opuscul.* pag. 137. sq.)

91) Schwäbisches Landrecht. Kap. *CCCXXVII*. §. 6.

Altersschwäche sich einen Curator zu erbitten für gut findet. Denn bey den Deutschen erhielten auch Greise, wenn sie es verlangten, Vormünder [92]).

Mit Einführung des Römischen Rechts in Deutschland, lernte man auch den Unterschied zwischen Unmündigen (impuberes, pupilli) und Minderjährigen (minores), so wie zwischen Tutel und Curatel kennen. Ihren Nationalrechten untreu, nahmen daher mehrere deutsche Städte und Provinzen die Bestimmungen des Römischen Rechts in ihre Statuten und Landrechte auf. Man gab nun den Unmündigen Vormünder, *tutores*, welche auch Gerhaber, Trager, Pfleger, Schirmer genennt werden, bis sie die Mündigkeit oder Mundbarkeit erreicht hatten, ließ diese auf gut Römisch bey Knaben mit vierzehen, bey Mädchen mit zwölf Jahren eintreten, und setzte ihnen dann andere Vormünder, die man *Curatores*, Versorger, Vorsteher, Treußträger, nannte, und diese nicht einmal wider ihren Willen, sondern sie sollten sich selbst den Vormund wählen können, diesen aber dann, gewöhnlich bis zur Großjährigkeit, behalten. Ausser den mehreren Stadt- und Landrechten [93]),

92) S. Stiernhöök de iure Sueonum et Gothorum vetusto. Lib. II. P. I. Cap, 2. pag. 174.

93) S. die Wormser Reformation von 1497. Buch IV. Th. IV. Tit. 15. Badische Statuten über Erbsch. und Vormundschaften von 1511. Tit. 28. Mühlhauser Statuten *Lib. IV.* Art. 35. Ostfrisisches Landrecht (Aurich 1746. 4. zum ersten Mal gedruckt) Lib. II. Cap. 217. u. 232. Privilegien und *Statuta* der freyen Reichsstadt Aachen. Nr. XXXI. Vormünder- und Versorger-Ordnung vom Jahr 1574. Tit. von Versorgern der

die dieses bestätigen, mag Ulrich Tengler in seinem Layenspiegel von rechtmäßigen Ordnungen in bürgerlichen und peinlichen Regimenten, den er zu Augsburg 1509 f. edirte, und worin er gewiß das zu seinen Zeiten geltende Recht lehrte, für alle sprechen. Dieser sagt in dem Titel von Tragern und Vormündern [94]):

„Es werden in manigerlei Gestalt Vormünder und Trager. — Aber es werden etwo den Minderjärigen Vormünder durch des Altvaters Testament, zu Zeiten vom Richter, und etwo durch die nächsten Freund gesetzt, zu Latein genannt Tutores, oder Beschirmer, bis sie zu ihren Tagen kommen. Nemlich die Knaben zu vierzehen und die Meydlin zu zwölff Jahren, darnach sollen sie Rechnung thun, und fürter zu neuen zu Curatoren, das ist, Versorger, gesetzt werden, biß die Kind achtzehen Jahr alt werden, alsdann mögen sie durch entlich Rechnung und Abschied von ihrer Curation und Versorgniß abtreten."

In dem Titel von Minderjährigen [95]) sagt Tengler:

„So werden auch etwo die für Minderjährig geacht, Knaben unter vierzehen, und Maidlin unter zwölff Jahren, daß sie dannocht mit Tragern zu besetzen. Aber die Ehe zu vollziehen, sobald sie gebeerhaft, im Latein genennt *Puberes* oder *Pupilli*. — Item es weret auch etwo dieselb Minderjährung bis zu achtzehen oder

Minderjährigen. (in *G. M. de* Ludolff Collect. Statutor. provincial. *Wetzlar* 1734. 4. pag. 572.) u. a. m.

94) Nach meiner Ausgabe. Straßburg 1531. f. Fol. IX.

95) Layenspiegel Fol. XI.

zwenzig Jahren. Aber die rechtlich Minderjährung stret bis auf fünf und zwaintzig Jahr."

Der Unterschied zwischen Unmündigen und Minderjährigen findet sich nach den Bestimmungen des Röm. Rechts auch in Senckenbergs Kaiserrechte[96]; in welchem es P. II. Cap. 17. heißt:

„*Eyn iclich mensche sal wissen, Daz der Keyser hod gegebin von aller erst deme sone zwelff jar czu synen bescheyden tagen, unn der Jungfrouwen virczen Jar czu er bescheydenheyt, unn hod ez der bobest bestediget in dem geistlichen rechte, unn waz se thun under den Jaren, do sint se ungebunden czu, un mogen efs wedersprechen. Sint geschrebin stet under den Jaren der bescheydenheit, mogen sich dy Kint nicht vorbinden, daz en gescaden moge. Wanne se aber obir dy Jare komen, also by vor geschrebin stet, wez se sich vorwilkoren, dorczu sint se vorbunden. Sint geschrebin stet, wer komen ist czu den Jaren der bescheydenheyt, waz der gelobet, dorczu ist her vorbunden.*

Fast ganz Deutschland nahm auch den Römischen Majorennitäts-Termin von 25 Jahren an. Nur der Schwabenspiegel steht mit sich selbst in einem auffallenden Widerspruche. Dieses Landrecht sagt ganz bestimmt[97]:

96) In Corp. iuris German. a Senckenberg et Koenigsthal edito. Tom. I. pag. 29.

97) *Cap. CCCXX.* §. VI. 11. (in *Corp. iur. Germ. Senckenberg* Tom. II. pag. 378.)

„ein jegklicher Jüngeling soll Pfleger haben, uncz [98] *er fünff und zweynczig Jar alt wirdt.“*

Er wiederholt dieses nachher nochmals [99].

„Dye weyl der Jüngeling under fünff und zweinczig Jaren ist, so soll er Pfleger haben.“

Gleichwohl wird kurz darauf [100] gesagt:

Wann eyn Mann kommet zu achzehen Jahren, so hat er seyne volle tag, d. h. wie es in der beygefügten lateinischen Uebersetzung ausgedruckt ist, *tum est maiorennis.*

Dann folgt gleich darauf: *aber Künig Karolus hat geseczet, er soll Pfleger haben, uncz auf fünff und czweynczig Jar.*

Dasselbe Landrecht hat ferner nicht nur den Römischen Pubertäts-Termin, nämlich bey Knaben von 14 bey Mädchen von 12 Jahren angenommen, sondern erlaubt auch dem Mündel, welcher dieses Alter erreicht hat, sich einen andern Pfleger zu wählen, an dem einen Orte [1] zwar nur dann, wenn bewiesen werden kann, daß der bisherige Vormund nicht treu gehandelt; an einem andern Orte [2] aber unbedingt, der Vormund habe gut oder schlecht gehandelt. Es heißt:

98) *Uncz* heißt hier soviel als bis. S. *Laur. de* Westenrieder Glossar. German. Latin. Tom. I. hac *voc.* pag. 605.

99) *Cap. CCCXXV.* §. III. 4. pag. 383.

100) *Cap. CCCXXVII.* §. II. 6. pag. 385.

1) *Cap.* 319. *VII.* 10. pag. 375.

2) Cap. 320. V. 9. pag. 377.

„Wenn das Kind czu vierzehen Jaren kommet, es nymbt im eynen andern Pfleger, er habe im wol oder übel gethan.“

Der Grund dieses Widerspruchs ist wohl daher zu erklären, daß der Schwabenspiegel, wegen der im südlichen Deutschlande nicht überall statt gehabten Uebereinstimmung der Rechte, an mehreren Orten, und zu verschiedenen Zeiten mit fremdartigen Zusätzen und Lokalgebräuchen vermischt worden ist, so daß man bis jetzt noch nicht einmal weiß, in welcher Gestalt dieses Rechtsbuch aus den Händen des Verfassers gekommen ist [3]).

Ein merkwürdiges Beyspiel von Vermischung des Römischen Rechts und altdeutschen Herkommens geben auch die Frankfurter Statuten [4]). In diesen heißt es,

„1) daß aus kaiserlichen Rechten den unmündigen Kindern, so noch unter ihren verständigen Jahren, nämlich so es Knaben, unter vierzehen, so es aber Mädchen, unter zwölff Jahren ihres Alters sind, und also weder ihnen selbst, noch ihren Gütern vorstehen mögen, Vormünder, *Tutores*, gesetzt und gegeben werden sollen.“

3) S. Runde Grds. des allgem. deutschen Privatrechts. §. 31. auch *de* Ludewig Different. iurium in aetate puber. et maiorum. Cap. III. §. 25.

4) S. der Stadt Frankfurt Reformation vom J. 1509. und die erneuerte Reformation vom J. 1578. f. 7. Th. von Vormündern und Curatoren. 1. Tit. §. 2. 7. Tit. §. 1. und 8. Tit. §. 1. Einen Auszug aus der alten Frankfutter Reformation von 1509. hat von Meyer seiner oben angeführten Preisschrift S. 143. f. beygefügt.

„2) Wenn die Pflegkinder ihr mehreres und verständigers Alter, als die Knaben ihre vierzehen, die Meydlin aber zwölff Jahre erreicht haben, alsdann endet sich, vermög der Rechte, die Tutel oder Vormundschaft, und werden diejenigen, so ihnen zu Vormündern, es sey durch Testament, oder aus der Freundschaft, oder von Obrigkeyt wegen gegeben oder verordnet worden, fürohin nicht mehr *Tutores* oder Vormünder, sondern *Curatores*, das ist, Versorger oder Vorsteher genannt. Und da sie also in ihrem Ampt der Verwaltung bleyben; So seynt sie nach wie vor, den Pflegkindern in allem, nach laut ihres anfenglich gelaisten Vormundt-Eydes, verpflicht und verbunden.“

3) Nachdem sich aber die Tutela, oder Vormundschaft, nach Besag der Rechten, bey den Knaben zu vierzehen, den Meydlen aber zu zwölf Jahren, (wie obgemeldt) endet, und sie doch des Alters und Verstandts noch nicht sind, daß sie Ihnen selbst, oder auch ihren Gütern und Handlungen nützlich vorstehen mögen; so sollen ihnen bis zu ihrem vollkommenen Alter der fünff und zwanzig Jahre, oder bis sie Ehelich bestattet sind, auf der Freundschaft, auch ihr selbst bittlich Ansuchen, von der Oberkeyt Vorsteher, oder Versorger, im Latein daher *Curatores* genannt, verordnet und gegeben werden.

Sogar der Römische Rechtssatz: adolescentes non inviti, sed desiderantes curatorem accipiunt, gieng in mehrere deutsche Statuten über. Ausser der eben angeführten Frankfurter Reformation giebt das Ostfrisische Landrecht [5]) ein merkwürdiges Beyspiel hiervon. Es wird darin

5) Lib. II. Cap. 217. §. 3. S. 531. und Cap. 232. §. 2. S. 541.

1) verordnet, „daß wofern die Knaben über vierzehen, und die Mädchen über zwölff Jahren sind, die Mutter nicht verbunden seyn solle, denselben Vormünder zu setzen, sondern sie sich selbst Vormünder verschaffen müssen, bis zu fünff und zwanzig Jahren, wenn es nöthig ist." Und

„2) wenn die Knaben über vierzehen und die Mädchen über zwölff Jahre sind, so soll man ihnen gegen ihren Willen keine Vormünder setzen. Sonst kann man es unter diesen Jahren wohl thun."

Dem ähnlich lauten die Privilegien und Statuten der freyen Reichsstadt Aachen vom Jahr 1574, in welchen es Tit. von Versorgern der Minderjährigen heißt[6]):

„Nachdem vermög der Rechten die Vormünderschaft der Töchter zu 12 und der Söhne zu 14 Jahren ihres Alters sich endet, und aber solche junge Personen, bis sie 25 Jahr alt werden, vor Minderjährige in Rechten gehalten, und ihres unvollkommenen Alters halben ihren Gütern und Handlungen nützlich und nothwendiglich nicht vorseyn können, so mögen und sollen nach Gelegenheit ihrer Güter, abermals ihre nächsten Blutsverwandten, wo dieselbige dienlich und geschickt, oder sonst andere zu Curatoren und Versorgern auf der Minderjährigen Bitt durch Uns und unsere Nachkommen verordnet werden.

Noch deutlicher aber spricht dieses das alte Braunschweigische Stadtrecht vom J. 1232 bey Leibnitz[7]) aus, wenn darin gesagt wird:

6) In *de Ludolf* Collect. quorund. Statutor. provinciar et urbium Germ. (*Wetzlar*. 1734. 4.) S. 572.

7) *Scriptor. Brunsuic.* Tom. III. pag. 434. nr. 48.

„*Weder des Kindes Willen, dat twelfe Jahr alt is, mag keyn Man syn Vormünder wesen.*

In der Maynzischen Untergerichts-Ordn. vom J. 1535, Fol. XVIII. heißt es ebenfalls:

„Wie wol nach Ordnung der Recht die Vormünderschaft zu 12 und 14 Jahren sich endet; dieweil aber dennoch solch Jungen nit des Alters, daß sie ihren Güttern und Handlungen nützlich vorseyn künnen, so mögen Curatoren und Pfleger auf des Minderjährigen Bitt verordnet werden."

So kannte man also fast überall in Deutschland den Unterschied zwischen Unmündigen und Minderjährigen, zwischen Tutoren und Curatoren, die man auch durch deutsche Namen zu unterscheiden suchte; und die in dem Röm. Recht bestimmten Grenzen der Pubertät und Volljährigkeit oder Majorennität waren, ausser den Ländern sächsischen Rechts, fast überall in Deutschland angenommen.

§. 1322. a.

2) Neueres deutsches Recht.

Die deutschen Reichsgesetze [8]), welche das neuere deutsche Recht bilden, setzen daher auch den römischen Unterschied zwischen Unmündigen und Minderjährigen mit seinen Grenzbestimmungen als bekannt und geltend voraus, reden auch von Vormündern und Vorstehern, durch welche Ausdrücke man die Tutoren und Curatoren des Röm. Rechts zu unterscheiden pflegte, ohne das Bestehende umzustoßen.. Denn ihre Absicht war

8) Reichspolicey-Ordnung vom J. 1548. Tit. 31 §. 1. und vom J. 1577. Tit. 32. §. 1.

nicht, das Römische Recht zu verdrängen, als welches man zur passenden Anwendung der Praxis überließ. Ihre Absicht gieng nur hauptsächlich dahin, die Obrigkeiten zur wachsamen Sorgfalt über die Unmündigen aufzufordern, und durch strengere Aufsicht der Gerichte über die Vormundschaftsbestellungen und treue vormundschaftliche Verwaltung den Vortheil der Pupillen zu befördern [9]). Sie wollen daher, daß jeder Minderjährige, bis er die Großjährigkeit erreicht hat, einen Vormund haben solle, welcher sowohl die Person als Güter seines Mündels oder Pflegbefohlnen beschütze und versorge. Die Worte lauten folgendermassen.

„Wiewol in gemeinen beschriebenen Rechten ernstlich disponirt und versehen ist, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern von ihren Vormündern mit allem Fleiß und Ernst fürgestanden, und derselben Nutz und Wolfarth gesucht und gefürdert werden solle; So befind sich doch vielmals, daß in solchen Sachen von den Vormündern betrüglich, versäumlich, und nicht mit dem Fleiß, wie sie zu thun schuldig, gehandelt wird, den Pupillen und minderjährigen Kindern zu merklichem Nachtheil und Schaden. Wann aber nun den Obrigkeiten zustehet, in dem gebürlichs und billigs Einsehens zu haben, damit die Pupillen und minderjährigen Kinder unbetrogen, und unvernachtheilt bleiben; So wollen wir allen und jeden Churfürsten, Fürsten, Prälaten, Grafen, Herren, von Adel und Communen, hiermit ernstlich auferlegt, und befohlen haben, in ihren Fürstenthumen, Herrschaften, Obrigkeiten und Gebieten, der-

9) S. Mittermaier's Grds. des gem. deutschen Privatrechts. §. 366.

massen Vorsehung zu thun, und zu verordnen, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern, jederzeit, biß sie zu ihren vogtbaren Jahren[10]) kommen, Vormünder und Vorsteher, da die ihnen von ihren Eltern in Testamenten, oder letzten Willen, nit verordnet, oder ihre angeborne Freund und Verwandten sich der Vormundschaft aus rechtmäßigen Ursachen nit unterziehen wollen, oder darzu tüglich und geschickt wären, gegeben werden."

Es kommt nun hier auf zwey Fragen, die beyde in Streit gezogen sind.

I. Ist durch die deutschen Reichsgesetze der römische Unterschied zwischen Pupillen und Minderjährigen, Tutoren und Curatoren wirklich aufgelöst, so daß die von denselben gebrauchten Ausdrücke: Pupillen und minderjährige Kinder, Vormünder und Vorsteher für synonym zu halten sind? und

II. kann nach den angeführten Reichsgesetzen den Minderjährigen ein Curator auch wider ihren Willen, oder nur auf ihr Bitten und Verlangen von der Obrigkeit gegeben werden?

Die erste Frage wird meist mit Ja beantwortet[11]). Ob aber mit Recht? Dieß verdient eine genauere Erör-

10) In der Reichspolizey-Ordnung vom J. 1548. Tit. *XXXI.* §. 1. heißt es: bis sie zu ihren vogtbaren und mannbaren Jahren kommen.

11) Ausser Beyer und Gaertner Dissertat. citt. gehören besonders noch hierher *de* Ludewig Different. iuris Rom. et Germ. in tutelis. Diff. 2. et sqq. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 230. von Meyer

terung. Gehen wir von der Bemerkung aus, daß zu der Zeit, da die gedachten Reichsgesetze gegeben wurden, das Römische Recht gerade das größte Ansehen in Deutschland erreicht hatte; so konnte wohl eine Aufhebung desselben in der Lehre von Vormundschaften um so weniger die Absicht derselben seyn, da nicht nur mehrere der altdeutschen Statuten und Landesrechte darnach waren abgeändert und umgebildet, sondern auch namentlich der römische Unterschied zwischen Pupillen und Minderjährigen, zwischen Tutoren und Curatoren in dieselben aufgenommen worden. Es kann zwar nicht geläugnet werden, daß das Römische Recht durch die deutsche Reichsgesetzgebung manche bedeutende Abänderung in der Lehre von Vormundschaften erlitten hat. Die oben abgehandelte Lehre von der Confirmation der Vormünder gab uns ein wichtiges Beyspiel davon, und die Beantwortung der andern Frage wird uns ein zweytes liefern. Allein eben daraus folgt ja auch nothwendig, daß das Römische Recht, so weit es nicht ausdrücklich abgeändert worden, für stillschweigend bestätiget zu halten sey [12]). Daß dieses nun wirklich hier der Fall ist, beweisen

1) gleich die Anfangsworte unsers Gesetzes. Hier wird der gemeinen beschriebenen Rechte gedacht. Daß dieses die gewöhnliche Benennung sey, womit die deutschen Reichsgesetze das Römische Recht zu be-

gekrönte Preisschrift. 2. Th. §. 32. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 3. B. §. 293. Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 299. u. a. m.

12) Man vergleiche hier vorzüglich Brandenburg Commentat. cit. expon. differentias iuris Rom. inter pupillos et minores, tutores et curatores etc. §. 11. §. 16—21.

zeichnen pflegen, bedarf keines weitern Beweises. Was enthalten aber diese Worte? Keine Beschwerden über die im Röm. Rechte vorkommenden Unterscheidungen zwischen Pupillen und Minderjährigen, zwischen Tutoren und Curatoren. Nein Klagen enthalten sie blos über die Vormünder, daß sie dasjenige, was in den gemeinen beschriebenen Rechten zum Nutz und Wohlfarth der Pupillen und minderjährigen Kinder so ernstlich verfügt worden, nicht, wie sie zu thun schuldig, beobachtet, sondern derselben uneingedenk, zum merklichen Schaden und Nachtheil ihrer Pflegbefohlnen gehandelt hätten. Um diesem Uebel abzuhelfen, werden daher die Obrigkeiten zur strengen Sorgfalt und Wachsamkeit über die vormundschaftlichen Verwaltungen aufgefordert, damit die Pupillen und minderjährigen Kinder unbetrogen und unvernachtheilt bleiben. Beurtheilt man nun das deutsche Reichsgesetz nach dieser wahren Absicht, so kann es

2) keinem Zweifel unterworfen seyn, daß die Ausdrücke Pupillen und Minderjährige nicht als gleichbedeutend genommen worden, sondern vielmehr so erklärt werden müssen, wie sie das Römische Recht genommen hat. Denn sonst würden ja wohl diese Ausdrücke gewechselt, nämlich bald der eine, bald der andere gebraucht worden seyn. Es werden aber, welches gewiß nicht gleichgültig seyn kann, dreymal Pupillen und Minderjährige neben einander genennt. Daß man nun diese Ausdrücke wirklich im Sinne des Röm. Rechts genommen, und hierdurch den Unterschied des Röm. Rechts stillschweigend bestätiget habe, setzen

3) die weiter gebrauchten Ausdrücke: Vormünder und Vorsteher, noch mehr außer Zweifel. Denn wenn

gleich bekannt ist, daß der Ausdruck Vormünder bey den Deutschen in einer so weiten Bedeutung genommen wird, daß darunter sowohl Tutoren als Curatoren im Sinne des Römischen Rechts begriffen sind; so werden doch die römischen Tutoren in den deutschen Gesetzgebungen nie Vorsteher genennt, sondern mit diesem Namen immer die römisch-rechtlichen Curatoren bezeichnet. Denn erst wie man, nach Einführung des Römischen Rechts, den Unterschied zwischen Pupillen und Minderjährigen mit den davon abhangenden verschiedenen Alters-Bestimmungen in die deutschen Statuten und Vormundschafts-Ordnungen aufnahm, suchte man nun auch die Tutoren und Curatoren dadurch von einander zu unterscheiden, daß man jene Vormünder, diese aber Vorsteher, Pfleger oder Versorger nannte [13]. Sichtbar bezieht sich also der Ausdruck Vormünder auf die Pupillen, und Vorsteher auf die Minderjährigen. Bedenkt man ferner

4) daß nicht nur vor unserer Reichsgesetzgebung das Römische Recht mit seinen Unterscheidungen zwischen Pupillen und Minderjährigen, Tutoren und Curatoren in mehreren deutschen Ländern angenommen war, welches doch gewiß durch diese Reichsgesetze nicht aufgehoben wer-

13) Es beweisen dieses nicht nur die oben angeführten Statuten und Provinzial-Gesetzgebungen, sondern dieß ist auch selbst der Sprachgebrauch der deutschen Reichsgesetze. Denn so werden auch die Verwalter der Kirchengüter in eben derselben R. Policey-Ordnung von J. 1577. Tit. 32. §. 4. nicht Vormünder, sondern Pfleger und Vorsteher genennt. Man sehe auch Adelungs deutsches Wörterbuch. Th. 5. voc. Vorsteher.

den sollte; sondern daß auch noch nachher durch neuere deutsche Stadt- und Landes-Gesetze jener Unterschied des Römischen Rechts sanctionirt [14]), durch andere hingegen aufgehoben wurde [15]), so wird man sich nun wohl vollkommen überzeugen, daß das Römische Recht, wo es bey Vormundschaften einmal eingeführt war, durch die Reichsgesetze eher bestätiget, als aufgehoben worden sey. Also in dieser Voraussetzung, daß der mehr erwähnte Unterschied des Römischen Rechts in Ansehung der Vormundschaften in viele particuläre Gesetzgebungen aufgenommen, und als gültig anerkannt sey, und in Rücksicht derselben verordnen die deutschen Reichsgesetze, daß jeder Pupill, jeder Minderjährige einen Vormund haben solle, bis er

14) Man vergleiche der Stadt Frankfurt erneuerte Reformation vom J. 1578. Th. VII. Tit. 7. §. 1. und Tit. 8. Bayersches Landrecht von 1616. Art. V. Tit. 5. Magdeburgische Polizey-Ordnung von 1688. Kap. XLIII. §. 35. Statutenbuch der Stadt Mühlhausen von 1692. B. 4. Art. 35. §. 1. u. 2. (S. de Ludewig de aetate puberum et maior. Cap. III. §. 22.) Nassau Kazzenellenbogische Gerichts- und Landes-Ordnung vom J. 1711, Th. V. Cap. 5. (in Pütters Entwurf einer jurist. Encyclopädie. Add. 2. S. 171.) u. a.

15) S. z. B. des hochlöbl. Stifts Wirzburg und Herzogthums zu Franken kayserliche Land-Gerichts-Ordnung vom J. 1733. 3. Theils Tit. 2. §. V. (in de Ludolff Collect. quorund. Statutor. provinciar. et urb. Germaniae pag. 120.) und die Chursächsische allgemeine Vormundschafts-Ordnung. Kap. 3. §. 1. S. 18. Noch ein Beyspiel aus dem alten Preuß. Landrecht. Lib. II. Tit. 6. Art. 8. §. 1. führt Stryk Us. mod. Pand. Lib. XXVI. Tit. 1. §. 7. an.

zu seinen vogtbaren Jahren gekommen ist; es setze nun entweder der bisherige Tutor des Unmündigen, nach eingetretener Pubertät desselben, sein Amt in der Eigenschaft als Curator fort, oder es werde ihm ein neuer Vormund, als Curator, gesetzt, nachdem der Pupill zu seinen mannbaren Jahren gekommen ist, so wie es nämlich die Statuten und Provincial-Gesetze eines jeden Orts und Landes mit sich bringen, welchen die Reichsgesetze die näheren Bestimmungen anheimgestellt und überlassen haben. Hierauf deuten auch die Reichsgesetze selbst nicht undeutlich hin, wenn in der ältern Reichspolicey-Ordnung vom J. 1548, nicht blos der vogtbaren, sondern auch der mannbaren Jahre gedacht wird, durch welche Ausdrücke die Jahre der Maiorennität und Pubertät im deutschen Sprachgebrauche unterschieden werden [16]. In der neuern Policeyordnung von 1577, sind zwar die Worte: und mannbaren weggelassen, allein nur darum, weil die mannbaren Jahre unter den vogtbaren schon mit begriffen sind.

Es ergiebt sich aus dem allen die wichtige Folge, daß wenn ein Provincial- oder Stadtrecht sich nicht über die Anwendung des mehrgedachten Unterschieds erklärt hat, mit Grund angenommen werden dürfe, daß zwar jedem nicht Großjährigen, dessen Vater stirbt, ein Vormund gesetzt werden muß, und daß auch der schon vorhandene Vormund bis zur Volljährigkeit des Pupillen sein Amt fortsetzen muß, daß aber von der Zeit an, da der Pupill

16) S. Haltaus Glossar. Germ. medii aevi. Tom. II. voc. *Vogtbar*, i. e. maiorennis, qui se ipsum et res suas tueri potest. *Mannbar*, von Mann, heißt fähig zu heyrathen. S. Adelungs Wörterbuch 3. Th. S. 352.

die Mündigkeit nach den Bestimmungen des Römischen Rechts erreicht hat, sich das Rechtsverhältniß ändere, und dasselbe nunmehr in Ansehung des Rechts Verträge zu schließen, und sich verbindlich zu machen, so wie in Ansehung des Rechts zu testiren, und Eide zu leisten, nach den Regeln der Curatel der Minderjährigen zu beurtheilen sey [17]).

§. 1322. b.

Ist die Curatel der Minderjährigen noch jetzt eine freiwillige?

Ich komme auf die andere Frage, nämlich ob die Minderjährigen nach den deutschen Reichsgesetzen auch gegen ihren Willen, oder nur auf ihr Gesuch, Vormünder erhalten? Auch hier sind die Meinungen getheilt. Einige [18]) behaupten, daß den Minderjährigen auch nach den deut-

17) S. *Andr.* Gaill practicar. Observation. Lib. II. Obs. 69. *Mich* Grass Collation. iuris civ. Rom. cum recessib. Imp. Rom. Germ. Sect. I. §. 16. besonders Brandenburg Commentat. cit. expon. Differentt. iuris Rom. inter pupillos et minores, tutores et curatores. §. 34. et 35. Thibaut System des Pand. Rechts. 1. B. §. 516. Adolph Dietr. Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 230 Not. 5. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. B. §. 404. Not. i. u. §. 420. der 3. Aufl. und Mittermaier Grds. des gemein. deutschen Privatrechts. 2. Abth. §. 378. Man sehe auch den 4. Th. dieses Commentars. §. 288. S. 83. ff.

18) *Hald. ab* Eyben Observata theor. pract. ad Institution. Lib. I. Tit. 24. Disquisit. V. Obs. VIII. nr. 24. (in Eius *Scriptis ab* Hertio *editis Argent.* 1708. f. pag. 43.) und *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. P. II. Lib. XXVII. Tit. 10. Qu. 2. in fin. pag. 242.

schen Reichsgesetzen wider ihren Willen eben so wenig, wie nach dem Römischen Rechte, Curatoren aufgedrungen werden könnten. Das Römische Recht sey auch hierin nicht abgeändert. Denn es werde blos den Obrigkeiten und Ständen auferlegt, für die Bevormundung der Pupillen und Minderjährigen zu sorgen, und dahin zu sehen, daß die Pupillen und minderjährigen Kinder nicht benachtheiligt und betrogen werden. In wiefern ihnen aber Vormünder gegeben werden sollen, sey in den Reichsgesetzen nicht bestimmt, und daher nach dem Röm. Rechte zu beurtheilen, nach welchem den Minderjährigen nur dann Curatoren gegeben würden, wenn sie solche verlangten. Diese Meinung gewinnt nun zwar dadurch einige Wahrscheinlichkeit, daß die Reichsgesetze den Gebrauch des Römischen Rechts als geltend voraussetzen, und auch in mehreren sowohl ältern als neuern Stadt- und Provinzial-Rechten ausdrücklich verordnet worden, daß den Minderjährigen auf ihr Bitten und Verlangen Vormünder gesetzt werden sollten, wie deren mehrere oben angeführt worden sind. Allein sie findet ihre Widerlegung schon in dem Reichsgesetz selbst. Darin heißt es ausdrücklich:

> „daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren und mannbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher gegeben werden sollen."

Das Wort jederzeit schließt nun alle Willkühr von Seiten der Minderjährigen so bestimmt und deutlich aus, daß man in der That den Worten des Gesetzes Gewalt anthun würde, wenn man hier dennoch eine Bestätigung des Römischen Rechts annehmen wollte. Wie wenig aber das Gesetz die Bestellung der Vormünder von der eigenen Willkühr und Bitte der Minderjährigen hat abhängig machen

wollen, erhellet ferner aus der Absicht des Gesetzes, welche dahin gerichtet ist, durch Bestellung von Vormündern eine solche Vorsehung zu treffen, daß die Pupillen und Minderjährigen nicht vervortheilt, sondern deren Güter unverletzt erhalten werden. Hierzu kommt endlich noch die allgemeine deutsche Gewohnheit, als die beste Auslegerin der Gesetze, nach welcher den Minderjährigen auch ohne ihr Verlangen Vormünder von den Obrigkeiten gegeben werden [19]. Daher wird auch diese Meinung von den meisten heutigen Rechtsgelehrten vertheidiget [20]. Jedoch erlaubt man h. z. T. dem Minderjährigen, einen Vormund in Vorschlag zu bringen, welchen dann die Obrigkeit bestätiget, wenn sie ihn tüchtig findet, weil man ihm nicht leicht eine Person zum Curator aufdringt, die ihm zuwider ist [21].

19) Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. P. II. Lib. XXVII. Tit. 10. §. 14. Stryk Us. mod. Pand. Lib. XXVI. Tit. 1. §. 7. Carpzov Respons. iur. Lib. V. Resp. 86. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLVI. pag. 564. Beyer Diss. de hodierna tutor. et curator. minoribus dator. Different. §. 9. u. a.

20) De Hertoghe Tribonianus circa L. Laetor. non errans. §. XII. von Lynker von der Vormundschaftsbestellung. 1. Th. §. 9. S. 23. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom I. §. 700. a. E. Brandenburg Commentat. cit. §. 22. von Meyer gekrönte Preisschrift: §. 35. S. 136. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 509. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 230, Nr. 3. von Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts. 3. B. IV. B. §. 113. nach der 3. Aufl. 2. B. §. 404. S. 88. u. a. m.

21) S. *Jo. Henr. de* Berger Oeconom. iuris. Lib. I. Tit. 4. Th. VII. Not. 1. und Leyser cit. loc. Medit. 2.

§. 1322. c.

Grundsätze des heutigen Rechts.

Da also nach den deutschen Reichsgesetzen den Obrigkeiten zur unbedingten Pflicht gemacht worden ist, den Pupillen und Minderjährigen Vormünder und Curatoren oder Vorsteher zu geben, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, d. h. bis sie die Großjährigkeit erreicht haben; so fällt nun der römische Rechtssatz: *minores inviti curatores non accipiunt*, mit allen seinen Folgen weg. In Absicht auf die Bevormundung ist demnach das Rechtsverhältniß der Pupillen und Minderjährigen ganz das nämliche. Wenn daher Minderjährige in Deutschland auf gleiche Weise, wie Pupillen, Vormünder haben müssen, so findet nun auch der Unterschied, den das Römische Recht zwischen Minderjährigen macht, die mit einem Curator versehen sind, und solchen, die es nicht, bey uns keine Anwendung mehr, weil Niemanden vor erlangter Großjährigkeit die eigene Verwaltung seines Vermögens verstattet ist. Hieraus ergiebt sich nun

I. die wichtige Folge, daß alle Rechtsgeschäfte eines Minderjährigen, welche er ohne Einwilligung seines Curators vorgenommen hat, sofern sie eine Verfügung über sein Vermögen unter den Lebenden betreffen, dergestalt nichtig sind, daß auf seiner Seite auch nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit zu deren Festhaltung vorhanden ist, wenn das Geschäft auch zu einer solchen Zeit geschlossen worden wäre, wo ihm noch kein Curator gesetzt war[22]).

22) S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 288. S. 85. Man vergleiche noch BRANDENBURG Commentat. cit. §. 34. und besonders Günther Heinr. von Berg Abh. von Minderjährigen, die ohne Vormund handeln;

Denn hier, wo das Gesetz ausdrücklich vorschreibt, jeder Minderjährige solle einen Vormund haben, bis er zu seinen vogtbaren Jahren kommt, kann man mit Recht sagen, jeder Minderjährige, welcher ein Geschäft unter den Lebenden über sein Vermögen, ohne vormundschaftliche Einwilligung, geschlossen hat, er sey zu der Zeit mit einem Vormund versehen gewesen, oder nicht, sey einem solchen gleich zu achten, cui a Praetore, curatore dato, bonis interdictum est [23]). Die Ausnahme, welche das Römische Recht [24]) in dem Falle macht, wenn das Rechtsgeschäft des Minderjährigen mit einem Eide bekräftiget worden ist, muß jedoch auch noch jetzt Statt finden, wo sie nicht durch besondere Landesgesetze aufgehoben worden ist [25]); weil die Authentica *Sacramenta Puberum* auf dem in der deutschen Praxis auch noch jetzt herrschenden Grundsatze des Canonischen Rechts von der Gültigkeit des Eides bey ungültigen Geschäften beruht, welchen die Päbste fortwährend auf einzelne Rechtsverhältnisse angewendet haben [26]). Hieraus folgt

(in Desselben jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen. 3. Th. Nr. XXVII. S. 284—289.)

23) *L. 3. Cod. de in integrum restitut. minor.*

24) *L. 1. Cod. Si adversus venditionem*, und *Authentica, s. nova constitutio* Friderici I. *Sacramenta puberum.* (II. 28) S. Brandenburg cit. Commentat. §. 28.

25) Beyspiele geben das allgem. Preuß. Landrecht 1. Th. 5. Tit. §. 199. und das Mecklenburgische Recht. S. Martini Vormundschaftslehre besonders nach dem Mecklenburgischen Rechte (Rostock 1802. 4.) S. 66.

26) S. den 4. Th. dieses Commentars; §. 341. und 5. Th. §. 458. S. 555. ff. *Jul. Frid. de* Malblanc

II. daß die deutsche Curatel oder Vormundschaft der Minderjährigen eben sogut, wie nach dem Röm. Rechte die Vormundschaft der Unmündigen, ausser der dativen oder obrigkeitlich bestellten, auch eine testamentarische, und legitime seyn könne, und die Dativ-Curatel nur dann erst eintrete, wenn weder die testamentarische noch die legitime Statt findet[27]. Denn da Minderjährige nach den Reichsgesetzen so gut, wie Pupillen, einen Vormund haben und annehmen müssen; so kann nicht nur der Vater seinen minderjährigen Kindern sogut einen Curator im Testament ernennen, wie den unmündigen Kindern einen Vormund; sondern es haben auch nun die Verwandten ein Recht zur Curatel, aber auch eine Verpflichtung zur Uebernehmung derselben, wenn gleich über diejenigen, welche schon mündig sind, sich die Verwandten nach dem Röm. Rechte darum keine Curatel anmassen konnten, weil solchen Minderjährigen kein Curator wider ihren Willen, und ohne ihr Verlangen gesetzt werden konnte. Der Grund bey der Tutel der Verwandten über Pupillen bleibt zwar noch jetzt der nämliche, wie ihn das Röm. Recht angiebt, und dieser findet freylich bey der Curatel der Minderjährigen nicht Statt. Allein es tritt in Ansehung derselben ein anderer Grund ein. Denn da es jetzt nicht mehr von der Willkür der Minderjährigen

Doctr. de Jureiurando. §. 119. Not. 171. pag. 352. (edit. novae *Tübingae* 1820. 8.) und Friedrich Carl von Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. 4. B. Kap. XXVIII. S. 162 — 170.

27) S. Lauterbach Colleg. th. pract. Pandectar. P. II. Lib. XXVII. Tit. 10. §. 5. in fin. Beyer Diss. de hod. tutor. et curator. different. §. 10 et 11. Brandenburg cit. Commentat. §. 45. und von Meyer gekrönte Preisschrift. §. 33. Nr. 2. S. 122. ff.

abhängt, ob sie einen Curator haben, und also die Verwandten als Curatoren anerkennen wollen; so konnte auch das Gesetz den Verwandten nicht nur ein Recht zur Curatel geben, sondern ihnen selbst die Pflicht zur Uebernehmung derselben auflegen, wenn sie nur sonst dazu tüchtig sind. Alles dieses bestätigen nun auch unsere Reichsgesetze mit ausdrücklichen Worten. Sie verordnen,

> „daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher, so die ihnen von ihren Eltern in Testamenten oder letzten Willen nicht verordnet, oder ihre angebohrne Freund und Verwandten sich der Vormundschaft aus rechtmäßigen Ursachen nicht unterziehen wollten, oder dazu tüglich und geschickt wären, gegeben werden."

Da also in Absicht auf die Art der Delation der Vormundschaft kein Unterschied zwischen Pupillen und Minderjährigen Statt findet; so ist wohl keinem Zweifel unterworfen, daß auch die testamentarischen Curatoren der Minderjährigen eben so, wie die testamentarischen Vormünder der Unmündigen, allen andern Vormündern, selbst der Mutter und Großmutter, vorgehen [28]. Ob aber nicht die Mutter, welche unstreitig zu den gesetzlichen Vormündern gehört, nach den deutschen Reichsgesetzen eben so gut, wie andere gesetzliche Vormünder, genöthigt sey, sich der Vormundschaft ihrer Kinder zu unterziehen, wenn sie keine rechtmäßige Entschuldigungs-Ursache hat, oder ob nicht

28) Hetzer Diss. ad Leg. Laetoriam. §. XIII. not. g. (in Fellenberg *Jurispr. antiqua*. Tom. II. pag. 621.)

die Uebernehmung der Vormundschaft über ihre Kinder noch jetzt, wie nach dem Röm. Rechte, von ihrem freyen Willen abhange, ist streitig. Die Reichsgesetze unterscheiden freylich nicht. Peter von Ludewig [29]) behauptet daher auch, es sey in Ansehung der Mutter kein Unterschied zu machen. Er sagt, bey den Deutschen sey überhaupt die Vormundschaft für keine Wohlthat oder Vorrecht, sondern jederzeit für eine Pflicht gehalten worden, der sich Niemand, und also auch die Mutter nicht habe entziehen können, und diese schon darum nicht, weil die deutschen Rechte den Verzicht auf die zweyte Ehe und das Vellejanische Senatus-Consult nicht gekannt hätten. Allein man erwäge, daß Frauenspersonen in der Regel unfähig sind, Vormundschaften zu übernehmen. Es ist also nur Ausnahme von der Regel, wenn die Röm. Gesetze der Mutter und Großmutter das Recht einräumen, sich der Vormundschaft ihrer Kinder unterziehen zu dürfen. Dieß ist also ein Vorrecht, es ist eine gesetzliche Wohlthat, die der Mutter nur alsdann angedeihen kann, wenn sie sich freywillig entschließt, die Vormundschaft übernehmen zu wollen. Wie kann also hier ein Zwang Statt finden, wenn nicht das mütterliche Vorrecht aufhören soll, eine Rechtswohlthat zu seyn? Johann Schilter [30]) hat überdem aus den Gesetzen der Westgothen [31]), der Burgunder [32])

29) Differentiae iuris Rom. et German. in materhis tutelis. *Halae* 1712. Differ. XIII. Not. mm.

30) Prax. iur. Rom. Exercitat. XXXVII. §. 49.

31) *LL. Wisigothor. Lib. IV. Tit. 3. L. 3.* Si patre mortuo, in minori aetate filii relinquantur, mater eorum tutelam, *si voluerit*, suscipiat: si tamen in viduitate permanserit. (in Georgisch *Corp. iuris German. antiqui.* pag. 1967.)

32) *Lex Burgundion. Tit. LIX.* Nepos amisso patre cum

und anderer deutschen Völker klar bewiesen, daß man auch nach dem ältern deutschen Rechte die Uebernehmung der Vormundschaft als ein Vorrecht der Mutter anerkannt habe, davon sie habe Gebrauch machen können, wenn sie gewollt, ohne sie dazu zu nöthigen [33]). Dieses Vorrecht der Mutter ist nun auch in den neuern deutschen Reichsgesetzen nicht aufgehoben [34]), und die Mutter, wenn sie die Vormundschaft über ihre Kinder übernehmen will, wird noch jetzt allen übrigen Verwandten vorgezogen [35]). Hieraus folgt endlich

rebus omnibus ad avi ordinationem vel solicitudinem conferatur: ea tamen ratione, si mater eius secundas nuptias crediderit eligendas. Ceterum si nubere electa castitate distulerit, filii cum omni facultate in eius solatio et potestate consistant. (S. GEORGISCH. pag. 381. sq.)

33) Die Glosse des Sächsischen Landrechts 1. Buch. Artik. XI. sagt Not. **) nach Gärtner S. 41. „Man mag aber doch kein Weib zu einer Vormundschaft zwingen."

34) S. *Jo. Godofr.* KRAUS Diss. de eo quod iustum est circa tutelam maternam. §. XLII. und von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Maximilian. Bavar. civ. 1. Th. Kap. VII. §. 20. nr. 5. S. 477.

35) Eben so schon nach den *LL. Burgundion. Tit. LXXXV.* Si mater tutelam suscipere *voluerit*, nulla ei parentela (i. e. *cognatio*) praeponatur. Damit stimmen auch die neuern Stadt- und Landrechte überein. Z. B. die Statuten der Stadt Aachen vom J. 1573. Nr. XXXI. (in *de* LUDOLFF *Collect. Statutor.* pag. 569.) Statut der Stadt Augsburg vom J. 1578. §. 3—7. (S. *Christ. Henr.* BRUCKER Diss. de tutorib. et curatoribus ex more augustano, praes. *Rossmanno* def. *Erlangae* 1765. §. 10.) Churfürst. Pfalzbayer.

3) daß nach den deutschen Reichsgesetzen den Pupillen nicht nur Vormünder bis zu deren Volljährigkeit zu setzen, sondern diese auch bis dahin ihr Amt in der Regel fortzusetzen verpflichtet sind, jedoch mit dem Unterschiede, daß wenn der Pupill die Jahre der Pubertät zurückgelegt hat, wofür noch jetzt bey dem männlichen Geschlechte das vollendete vierzehnte, bey dem weiblichen aber das erfüllte zwölfte Jahr als Regel gilt, das Rechtsverhältniß zwischen Vormund und Pflegbefohlnen nunmehr nach den Regeln der Curatel der Minderjährigen zu beurtheilen ist. Darum unterscheiden die Reichs-Gesetze zwischen **Pupillen** und **Minderjährigen**, zwischen **Vormündern** und **Vorstehern**, nicht wie man glaubt, um Synonymen zu häufen, denn Pleonasmen sind im Zweifel bey der Auslegung der Gesetze nicht anzunehmen, sondern um dadurch das verschiedene Rechtsverhältniß anzudeuten, welches nach dem Römischen Rechte zwischen diesen Personen Statt findet. In dieser Beziehung kann man mit Recht sagen, der Grundsatz des Römischen Rechts, daß mit der Mündigkeit die Tutel sich endige, gelte auch noch jetzt [36]. Dieser Rechtssatz muß aber nicht nur vermöge der allgemeinen Aufnahme des Römischen Rechts in Deutschland gelten, sondern er ist auch aus dem Römischen Rechte in die meisten deutschen

Vormundschafts-Ordnung Nr. III. (in der Landes-Ordnung von 1590. Tit. 3. S. 97.) der Stadt Franckfurt erneuerte Reformation vom Jahre 1578. Th. VII. Tit. 2. §. 3 u. 4. Des Stifts Wirzburg und Herzogthums zu Franken kaiserliche Landgerichtsordnung 3. Th. Tit. 4. §. 6. (in Ludolff *Collect.* pag. 124.) u. a. m.

36) Man vergleiche hier die schon oben S. 60. Not. 17. angeführten Rechtsgelehrten.

Stadt- und Landrechte [37]) aufgenommen worden; in welchen es einstimmig heißt, daß den Knaben unter 14, den Mädchen aber unter 12 Jahren Tutoren oder Vormünder gegeben werden sollen. Haben sie dieses Alter erreicht; so endige sich die Vormundschaft, und die Vormünder, selbst wenn sie die nämlichen blieben, seyen hinfort nicht mehr *Tutores*, sondern *Curatores*, d. h. Versorger, oder Vorsteher zu nennen, welche es dann auch bleiben bis zur Großjährigkeit. Es darf wohl kaum erinnert werden, daß hier auf den leeren Namen nichts ankommen könne, wenn nicht dadurch zugleich das verschiedene Rechtsverhältniß zwischen Unmündigen und Minderjährigen, wie zwischen Tutoren und Curatoren habe ange-

37) S. z. B. Goslarisches Stadtrecht von 1500. Tit. *van Vormundeschop*. §. 10. Statuten der Stadt Worms vom J. 1507. Th. 1. B. 4. Tit. 1. Franckfurter Reformation vom J. 1509 u. 1578. Th. VII. Tit. 7. §. 1. u. Tit. 8. §. 1. Maynzische Untergerichts-Ordnung v. J. 1535. fol. XVIII. Jülich und Bergische Rechts Ord. vom J. 1558. Kap. 48. Ostfriesisch Landrecht vom J. 1559. Lib. II. Cap. 217. §. 3. und Cap. 232. Der Stadt Nürnberg erneuerte Reformation vom J. 1564. Th. 3. Tit. 39. Ges. XI. §. 1. Solmsische Gerichts- und Landes-Ordnung von 1571. P. II. Tit. 21. Statuten der Stadt Aachen von 1573. Nr. XXXI. (bey *de* Ludolff pag. 572.) Bayersches Landrecht von 1616. Art. 5. Tit. 5. Magdeburg. Polizey-Ordn. von 1688. Kap. XLIII. §. 35. Statutenbuch der Stadt Mühlhausen von 1692. Buch IV. Art. 35. §. 1. u. 2. Nassau-Cazzenellenbogische Gerichts- und Landes Ordn. von 1711. Th. V. Kap. 5. Preussische allgem. Vormundschafts-Ordn. vom. J. 1751. §. 54. u. a.

deutet werden sollen. Mehrere [38]) haben zwar daraus die Folge ziehen wollen, daß ein Vormund auch noch h. z. T. eben so, wie nach dem Römischen Rechte [39]), sein Amt niederlegen könne, wenn sein Mündel das Alter erreicht hat, mit welchem die Tutel sich endiget. Allein diese Folge ist ganz unrichtig. Die Aenderung des Rechtsverhältnisses in der Person des mündig gewordenen Pupillen zieht nicht nothwendig auch immer eine Veränderung in der Person des Vormundes selbst nach sich. Mehrere der angeführten Stadt- und Landes-Ordnungen [40]) sagen ausdrücklich, die Vormünder, welche die Vormundschaft über den Pu-

38) Carpzov Jurispr. for. P. II. Const. XI. Definit. 10. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. P. II. Lib. XXVII. Tit. 9. in Append. §. 4. *de* Berger Oeconom. iuris. Lib. I. Tit. 4. §. V. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 12. *Ge.* Beyer Diss. de hod. tutor. et curator. Differentia. §. 12. Brandenburg cit. Commentat. §. 48. pag. 103. sq. Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 230. Not. 5. u. a.

39) §. 18. *J. de excusation. tutor. vel curator.* (I. 25.) *L.* 20. *C. eod.* (V. 62.) S. Lib. XXVI. Tit. 10. §. 1353.

40) Vergl. z. B. der Stadt Frankfurt erneuerte Reformation vom J. 1578. Th. VII. Tit. 7. §. 1 u. 2. und Tit. 8. §. 2. Der Stadt Nürnberg erneuerte Reformat. vom J. 1564. Th. III. Tit. 39. Gesl. XI. §. 1. Solmsische Gerichts- und Landes Ordn. vom J. 1571. P. II. Tit. 21. Bayerisch. Landrecht. vom J. 1616. Art. V. Tit. 5. Statuten der Stadt Mühlhausen von 1692. Buch IV. Art. 35. §. 1 u. 2. u. a. S. die Auszüge aus diesen Statuten und Landrechten bey Brandenburg in Commentat. cit. Append.

pillen geführt haben, bleiben, wenn auch der Pupill die Jahre der Mündigkeit erreicht, und die Tutel sich nach gemeinem Rechte geendiget hat, in ihrer Amtsverwaltung bis zur Großjährigkeit, wofern sie nicht etwa um ihre Entlassung bitten möchten, welches Gesuch doch aber nur dann Statt finden soll, wenn sie die Bürde der Vormundschaft schon seit vielen Jahren getragen hätten; allein sie sollen von der Zeit an, da der Mündel die Pubertät erreicht hat, nun nicht mehr *Tutores*, oder Vormünder seyn und heißen, sondern den Namen und Amt der *Curatorum*, d. i. der Vorsteher oder Versorger haben. Und diese Stadt- und Landrechte haben nur das bestimmter und umständlicher ausgesprochen, was die deutschen Reichsgesetze mit den Worten haben ausdrücken wollen, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher gegeben werden sollen. Daß diese Ansicht auch der gemeinen deutschen Praxis entspreche, bestätigt die Auctorität eines achtbaren alten practischen Juristen, des Andreas Gail[41]), welcher sich hierüber folgendermassen geäussert hat: Quamvis tutela pubertate finiatur[42]), tamen *ex generali quadam ubique locorum recepta consuetudine, praesertim in Germania*, officium administrationis, et per consequens periculum futuri temporis continuatur et porrigitur *usque ad legitimam aetatem adultorum, puta XXV. annos:* nam qui semel legitime dati sunt *tutores*, iidem plerumque et *cura-*

41) Practicar. Observation. Lib. II. Obs. 96. nr. 1.

42) §. 1. *J. Quib. mod. tut. finit.* (I. 22.) *L. 1. C. Quando tutores vel curator. esse desin.* (V. 60.)

tores permanent, et rebus minorum praesunt usque ad maiorem aetatem.

Die Endigung der Tutel hat also nur hauptsächlich auf das Rechtsverhältniß des Pflegbefohlnen Einfluß, indem nun sein Vormund gegen ihn in das Verhältniß eines Curators gesetzt wird, und also, wo nicht durch die Stadt- und Landesgesetze [43]) der Unterschied zwischen Pupillen und Minderjährigen, wie zwischen Tutoren und Curatoren, ganz aufgehoben ist, nun auch nicht mehr Recht und Gewalt über seinen zwar mündigen, aber noch minderjährigen Pflegbefohlnen hat, als das Röm. Recht dem Curator einräumt [44]). Es kann sich daher der mündig gewordene Pupill zwar in Rücksicht seines Vermögens, ohne vormundschaftliche Einwilligung so wenig verbindlich machen, wie ein Unmündiger; aber solche Verträge, die bloß seine Person betreffen, ohne daß sie zugleich auf sein Vermögen Einfluß haben, wie z. B. eine eheliche Verbindung eingehen [45]), kann der Minderjährige auch ohne Zustimmung seines Curators, wo ihm nicht besondere Landesgesetze entgegenstehen, eben so gültig schließen, als er, ohne Einwilligung seines Curators, ein gültiges Testament machen, und einen gültigen Eid leisten

43) S. die Beyspiele Not. 15. S. 58.

44) *Jo.* Merckrius Opinion. et Observation. Lib. I. Cap. 6. pag. 25. sqq. (*Hanoviae* 1598. 8.) will zwar behaupten, der Curator habe nach dem Röm. Rechte dieselbe Gewalt über den Minderjährigen, wie der Tutor über den Pupillen. Allein man sehe den 4. Th. dieses Commentars §. 288. S. 71 — 86. und Günth. Heinr. von Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. 2. Th. Nr. X. S. 108 — 111.

45) S. den 23. Th. des Commentars. §. 1197.

kann. Testamentsmündigkeit und Eidesmündigkeit sind überhaupt Rechtsinstitute, welche von der vormundschaftlichen Einwilligung so unabhängig sind, daß selbst die Auctorität des Vormundes bey einem Unmündigen in Ansehung derselben ohne alle Wirkung seyn würde[46].

In Ansehung des Vormundes hingegen endiget sich die Vormundschaft durch die eingetretene Pubertät des Pupillen insofern nicht, daß er sein Amt nach wie vor fortsetzen muß, bis der Minderjährige zu seinen vogtbaren Jahren gekommen ist, wie sich die Reichsgesetze ausdrücken. Es kann auch diese Verlängerung der ersten Vormundschaft für das Vermögen des Pflegbefohlenen, dessen unverletzte Erhaltung den Gesetzgebern vorzüglich am Herzen lag, auf keine Weise gefährlich werden da jetzt der Vormund jährlich Rechnung ablegen muß[47], statt daß dieses bey den Römern erst nach Endigung der Vormundschaft geschahe. Es ist vielmehr sogar für den Pflegbefohlnen nützlicher, wenn der Vormund, welcher bisher sein Amt treu verwaltet hat, bey einer Verwaltung bleibt, mit welcher er sich nun vollkommen bekannt gemacht hat, als wenn ein neuer Vormund oder Curator bestellt wird. Daß dieses auch der heutigen Praxis entspreche, bezeugt Johann Schilter[48], wenn er sagt: *Moribus et usu fori Germanici tutela et cura, etsi natura quoque differant, continuantur tamen* IN EODEM SUBIECTO, *ipso iure, ut qui tutor est,* IDEM *quoque accedente pubertate cu-*

46) S. Brandenburg Commentat. cit. §. 34. pag. 71.

47) Reichspolizey Ord. v. J. 1577. Tit. 32. §. 3.

48) Praxis iuris Rom. in foro Germ. Exercit. XXXVII. §. 79.

ram continuet usque ad maiorennitatem. Es fragt sich aber, ob nicht dem Vormunde die bis zur Pubertät seines Mündels geführte Vormundschaft zu einem gerechten Entschuldigungsgrunde für die weitere Fortsetzung derselben dienen könne? Die deutschen Reichsgesetze sagen davon nichts. Es kommt also zunächst auf die besondern Gesetze eines jeden Landes an. Nach einigen [49]) soll diese Entschuldigung nicht Statt finden. Andere hingegen lassen sie zu, theils ausdrücklich [50]), theils stillschweigend, wenn sie verordnen, daß den Pupillen, nachdem sie die Jahre der Mündigkeit erreicht haben, Andere zu Curatoren und Pflegern oder Versorgern gegeben werden sollen [51]). Schweigen die Landesgesetze, so kommt

49) S. z. B. das Bayerische Landrecht, oder *Codex Maximilian. Bavar. civ.* 1. Th. 7. Kap. §. 36. Des Herzogthums Franken Landgerichtsordnung 3. Theils Tit. II. §. 5 u. 6. Statuten der Stadt Mühlhausen Lib. IV. Art. 35. Eben dieses gilt auch in Augsburg. S. Brucker Diss. de tutoribus et curatorib. ex more Augustano. §. 6. in fin. et §. 11. pag. 24. Dahin gehören ferner diejenigen Landesgesetze, welche verordnen, daß die Vormundschaft der Minderjährigen sich erst mit erreichter Großjährigkeit endigen solle, wie z. B. das Buttiadinger Landrecht Art. VIII. das allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 18. Tit. §. 696. und das Gesetzbuch für die Erbländer der Oesterreich. Monarchie. 1. Th. 4. Hauptst. §. 251.

50) Z. B. die Magdeburgische Polizey-Ordnung. Kap. 43. §. 35.

51) Z. B. die Statuten der Stadt Worms 1. Th. B. IV. Tit. 1. Maynzische Untergerichtsordnung fol. XVIII. Jülich u. Bergische Rechts Ordn. Kap. 48. Ostfriesisch Landrecht Lib. II. cap. 217. Statuten der Stadt Aachen u. a. m.

diejenige Meinung der Absicht der deutschen Reichsgesetze wohl am nächsten, nach welcher das Amt des Vormundes bis zur Volljährigkeit fortdauert, mithin nach eingetretener Pubertät in der Regel nicht niedergelegt werden kann [52]). Es müßte denn eine erhebliche Entschuldigungsursache vorhanden seyn, aus welcher der Vormund seines Amts entlassen werden könnte. Man könnte dahin den Fall rechnen, wenn der Vormund schon seit vielen Jahren die Vormundschaft geführt hat, und ihm die fernere Verwaltung derselben allzu beschwerlich fällt. In diesem Falle halten auch mehrere deutsche Provinzial-Gesetze die erbetene Entlassung des Vormundes für billig. So heißt es z. B. in der erneuerten Reformation der Stadt Franckfurt vom J. 1578. Th. VII. Tit. 7. §. 2.

„Doch da ein Vormünder die Tutelam und Vormundschaft viele Jahre getragen hätt, und nach Verlauffung obbestimmter Zeit, derselben sich zu verlassen, und einen Andern dem Pupillen zu einem Curator an seine Statt zu verordnen, begehren würde, daneben auch seiner bis daher getragenen Verwaltung Rechnung zu thun sich erböte; So soll er gehört, auch der fernern Mühe der Curatorey überhebt, und den Kindern an sein Statt ein ander, oder auch mehr, nach Gelegenheit, verordnet werden, welchen auch er der Erlassene gebürliche Rechnung und

52) S. Heineccius Element. iuris German. Tom. I. Lib. I. Tit. 16. §. 387. Kortholt Diss. de differentia iuris Rom. et Heilbronnens. in tutelis. §. 28. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 246. Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 308. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 745. a. E. (der 3. Aufl.) und Mittermaier Grunds. des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 378.

Liefferung thun, und darauf seiner getragenen Vormundschaft erlassen werden solle."

Ferner Tit. VIII. §. 2.

„Wären nun die Kinder zuvor mit Tutoribus oder Vormündern, die seyen gleich testamentarii, legitimi, oder dativi, versehen, und dieselben wären willig, auch die curam auf sich zu nehmen, und den Kindern vollends bis zu ihrem vollkömmlichen Alter, oder bis zu ihrer ehelichen Veränderung vorzustehen, auch die Pflegkinder zugleich mit ihnen wohl zufrieden, oder begnügig wären; So sollen sie dabey gelassen werden, und nehmen sie alsdann an sich den Namen und Ampt eines *Curatoris.*"

Lib. XXVI. Tit. VI.

Qui petant tutores vel curatores et ubi petantur.

§. 1323.

Was heißt *petere tutores*? Geht die Erbittung der Vormünder blos auf Tutores, oder auch auf Curatores? Grund der Erbittung. Recht und Pflicht dazu.

Nach der Rubrik unsers Titels sind hier eigentlich zwey Gegenstände abzuhandeln; der eine betrifft die Frage, wer die Personen sind, denen die Gesetze das Recht geben, oder die Pflicht auflegen, Vormünder für diejenigen zu erbitten, welche derselben benöthiget sind? Der andere betrifft den Gerichts-Ort, wo die Bitte um Bevormundung anzubringen ist. Nur der erste Punct ist in den Gesetzen dieses Titels entschieden. Der andere aber, den auch Hellfeld nicht berührt hat, ist aus andern Gesetzen zu ergänzen. Er enthält seine Entscheidung theils ans den Gesetzen des vorhergehenden Titels, denen noch die *L.* 2. §. 23. *D. ad SCtum Tertyll.* beyzufügen ist, theils aus dem Titel des Codex: *Ubi petantur tutores vel curatores.* (V. 33.)[53]).

53) Man sehe *Gerh.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. §. *Altera.* (*Opp. Tom. II.* pag. 558.)

Es kommt nun hier vor allen Dingen auf die Erklärung des Ausdrucks: *petere tutores*, an. Dieß heißt aber nicht bloß bey der Obrigkeit darauf antragen, daß Vormünder bestellt werden, sondern, insofern die Gesetze gewissen Personen die Verbindlichkeit zur Erbittung auflegen, geht dieselbe zugleich dahin, bestimmte Subjecte namhaft zu machen, und in Vorschlag zu bringen, welche dazu tüchtig, und zu Vormündern zu bestellen sind [54]. Die Gesetze nennen dieses nomina dare, nomina edere. Diese Erbittung ist aber nicht blos auf den Fall beschränkt, wenn Kinder noch zur Zeit keinen Vormund haben, sondern sie ist noch auf mehrere Fälle ausgedehnt, nämlich wenn der in Vorschlag gebrachte Vormund sich rechtmäßig excusirt hat, und daher von der Vormundschaft befreiet, oder wenn er von der Obrigkeit verworfen, oder wenn der testamentarische Vormund nicht gesetzmäßig ernannt worden, und daher einer obrigkeitlichen Confirmation bedarf, oder wenn der verwaltende Vormund als suspect angeklagt, und vom Richter erkannt worden ist, daß ihm andere an die Seite gesetzt werden sollen. An die Stelle eines von mehreren abgegangenen Vormundes braucht jedoch kein neuer erbeten zu werden, wenn die übrigen zur Verwaltung genügen.

Hierher gehört das Rescript des Kaisers Septimius Severus, welches Modestinus *libro I. Excusationum* [55]) anführt, worin der Kaiser sagt:

54) S. *Ger.* Noodt Comment. h. tit. Princ. pag. 553. sq. und *Ja. Conr.* Crusius Diss. ad constitutionem Divi Marci de curatoribus minorum XXV. annis. Cap. VII. (in *Dan.* Fellenberg *Jurisprud. antiqua* Tom. II. pag. 584.)

55) *L.* 2. §. 2. *in fin. h. t.*

Omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo: et ideo quae mater vel non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis, reiectisve, non confestim *aliorum nomina dederit*, ius non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum.

Eben dieses Rescripts gedenkt auch Ulpian *libro XIII. ad Sabinum* [56]), wo es heißt: Si mater non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis, reiectisve, non confestim *aliorum nomina ediderit*, ius non habet vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum: et quidem, si non petiit, in constitutionem incidit: ait enim, *vel non petierit.* Sed a quo non petierit? loquitur quidem de Praetore constitutio, sed puto, et in Provinciis locum habere, etiamsi a Magistratibus municipalibus non petat: quoniam et Magistratibus municipalibus dandi necessitas iniungitur.

Auf diese Constitution bezieht sich ferner Tryphonin, wenn er *libro XIII. Disputationum* [57]) sagt: Credendum est, et eam matrem Constitutione contineri, quae a patre non legitime tutores testamento vel codicillis datos filiis impuberibus, *non postulavit decreto confirmari* [58]). — Sin autem *idoneis datis tutoribus pluribus* unus eorum vel decessit, vel temporalem excusationem accepit: mater, quae propterea in loco illius alium non petit, *quia*

56) *L.* 2. §. 23. *D. ad SCtum Tertyll.* (XXXVIII. 17.)

57) *L.* 4. *pr. D. h. t.*

58) *L.* 4. §. 1. *D. h. t.*

numerus reliquorum administrationi tutelae sufficiebat, incidit quidem in verba constitutionis, sed sententia excusatur [59]). — Sed si, *suspecto tutore pupilli accusato*, decretum erit ei adiungi alios, mater eos quoque petere debet: et si non petit, incidit in sententiam constitutionis [60]).

Zwar nicht nach den Worten, allein nach der Absicht der Constitution gehört auch der Fall hierher, wenn Vormünder sterben, wie Ulpian [61]) sagt: Quid si *decesserint* quidam? Puto, licet verba deficiant, sententiam constitutionis locum habere. Eben so rescribirt der Kaiser Alexander *L.* 3. *C. h. t.* (V. 31.)

In locum *tutoris defuncti*, vel in perpetuum relegati, alium dari tutorem filiis tuis idoneum ex eadem provincia a iudice competente postula:

59) Ein Anders wäre, wenn die übrigen zur Verwaltung der Vormundschaft nicht mehr hinreichen sollten. Von diesem Falle ist Ulpian zu verstehen, wenn er *L.* 2. §. 39. *D. ad SCtum Tertull.* sagt: Quid ergo, si non fuerint omnes excusati, vel non omnes reiecti? videndum, an ei imputetur, cur in locum excusati non petierit? *et puto imputandum.* S. *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pandect. Tom. IV. ad L. 4. §. 1. D. h. t. und Pothier Pandect. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. X. pag. 166. So hat auch schon die Glosse beyde Stellen zu vereinigen gesucht, indem sie bey dem Worte *imputandum*, die Bemerkung macht: nisi cum reliqui sufficiunt administrationi. Es ist also nicht nöthig mit Dabelow im Handb. des Pandectenrechts 3. Th. §. 303. Not. e. S. 561. *non* imputandum zu lesen, da diese Lesart ohnehin keine Auctorität für sich hat.

60) *L.* 4. §. 2. *D. h. t.*

61) *L.* 2. §. 40. *D. ad SCtum Tertull.*

qui secundum officium suum utilitatibus eorum providebit.

Zur Bestärkung der Erklärung des Ausdrucks petere tutores dient auch noch die Constitution des K. Antoninus, *L.* 2. *C. h. t.* welche folgendermassen lautet:

Patroni tui filii si eius aetatis sunt, ut res eorum per tutores administrari debeant: cura adire Praetorem, et *nomina edere*, ex quibus tutores *constituantur*, ne si cessaveris, obsequii deserti periculum subeas.

Die Gesetze fordern aber von denen, welchen sie die Verbindlichkeit zur Erbittung der Vormünder auflegen, noch insonderheit, daß sie ihrer Verbindlichkeit von selbst ein Genüge thun, ohne von Andern erst dazu aufgefordert oder genöthiget zu werden. Sie halten sogar Letzteres der Nichterfüllung gleich, und wollen die darauf gesetzte Strafe eintreten lassen. So sagt Ulpian[62]) von der Mutter:

Quid ergo, si petiit, sed *admonita* vel a libertis, vel a cognatis? an incidat in *Senatusconsultum*[63])? Et puto eam incidere, *si compulsa*

62) *L.* 2. §. 24. *D. ad SCtum Tertull.*

63) *Jac.* CUJACIUS in Notis ad Institution. Tit. *Qui et quibus ex causis manumitt. non poss.* (I. 6.) ad vv. Eadem lege. bemerkt gelegentlich, daß hier die Lesart: *in Senatusconsultum*, ganz unrichtig sey. Es müsse vielmehr: an incidat *in sententiam constitutionis?* gelesen werden; es erscheine dieses, sagt er, deutlich aus §. 30 *et* §. 40. *L.* 2. *D. ad SCt. Tertull.* Eine Emendation, die viel Wahrscheinlichkeit für sich hat. Man könnte vielleicht zur Unterstützung derselben auch noch hinzufügen,

fecit, non si, cum petere non cunctaretur, admonita est.

Hieraus erklärt sich nun, wenn Ulpian *libro XIII. ad Sabinum*[64]) sagt: Non solum autem, quae non petiit, coercetur, sed et quae *defunctorie* petiit, (ut rescripto declaratur) vel privilegio munitum, vel oneratum tribus puta tutelis. Sed ita demum, si data opera hoc fecit.

Quid si indignos, id est, minus habiles ad tutelam petierit, quoniam sciebat, Praetorem eos

daß die Abschreiber gar leicht durch die Aehnlichkeit der Siglen S. C. haben getäuscht werden können. Gleichwohl ist kein Senatusconsultum bekannt, welches der Mutter die Verbindlichkeit zur Erbittung der Vormünder für ihre unmündigen Kinder unter der angedroheten Strafe aufgelegt hätte. Wir kennen nur die oben angeführte Constitution des Kaisers Septimius Severus. Baudoza Cestius verwirft daher in seiner Ausgabe diese Emendation schlechterdings, weil sie contra omnium exemplarium fidem streite. Allein könnte nicht vielleicht schon in dem Senatusconsulto Tertulliano, welches die Mütter zur Erbschaft ihrer Kinder rief, die Strafe bestimmt gewesen seyn, welche der K. Severus in seinem Rescript blos bestätigte? Pothier Pand. Iustinian. Tom. II. h. t. Nr. XI. Not. e. pag. 106. behauptet dieses nicht ohne Wahrscheinlichkeit, denn die meisten Stellen Ulpians in der *L. 2. D. ad SCtum Tertull.* beziehen sich auf die Constitution des Kaisers Severus, und es ist ja bekannt, daß die Kaiser nicht leicht ein neues Recht durch Rescripte einführten. Doch könnten die Worte: *an incidat in Senatusconsultum?* auch vielleicht so verstanden werden: an excludatur *a beneficio Senatusconsulti Tertulliani?*

64) *L. 2. §. 32. D. ad SCtum Tertull.*

non daturum? quid tamen, si dedit eos Praetor, matris petitionem secutus? iam quidem Praetoris delictum est: sed et matris punimus consilium [65]).

Igitur si forte excusati sint illi, vel improbati: debet mater alios sine mora petere [66]).

Ergo sive non petierit, sive idoneos non petierit, punietur, etiam si dati fuerint minus idonei, Praetore errante [67]).

Hiermit ist noch eine griechische Stelle aus Modestinus *libro I. Excusationum* [68]) zu verbinden, welche so lautet.

Καὶ οὐ μόνον, ἐὰν μὴ αἰτήσῃ, ἀλλὰ καὶ ὃν ἂν αἰτήσῃ ὁσίας χάριν, αἰτήσῃ τὸν ἀφεθῆναι δυνάμενον. εἶτα ἀφεθέντος αὐτοῦ, ἢ καὶ αποβληθέντος, ἄλλον μὴ αἰτήσῃ πάλιν, ἢ ἐξεπίτηδες κακοὺς αἰτήσῃ.

Statt der schlechten Uebersetzung des Burgundio, welche dem Corpus iuris beygefügt ist, mag die elegantere Version des Anton Augustinus [69]) hier einen Platz einnehmen:

Neque solum si non petat, sed et si quem petat, *defunctorie* [70]) petat; utpote eum, qui se

65) *L.* 2. §. 34. *eodem.*

66) *L.* 2. §. 35. *D. eod.*

67) *L.* 2. §. 36. *D. eodem.*

68) *L.* 2. §. 1. *D. h. t.*

69) Ad *Modestinum* de Excusationibus. (in *Thes. Ottonian.* Tom. IV. pag. 1563.) Man sehe auch *Jan. Thom. Wilh. van* Alphen Specim. exhib. Selecta quaedam iuris publici ac priv. Cap. II. Sec. 1. pag. 36. sq.

70) So ist der griechische Ausdruck: *ὁσίας χάριν* zu über-

potest excusare, vel eo postea aut excusato, aut reiecto non petat, vel dedita opera malos petat.

setzen, wie aus *L.* 2. §. 32. *D. ad SCtum Tertull.* erhellet. Burgundio hat ihn in den Pandecten auf eine höchst abgeschmackte Art durch *puritatis gratia* übersetzt, und man muß sich in der That wundern, wie sich Pothier in Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XII. Not. a. et b. pag. 107. hat die Mühe geben mögen, in diesen Unsinn einen Sinn zu bringen. Der griechische Ausdruck ὁσίας χάριν heißt vielmehr, so wie das lateinische Wort defunctorie, soviel als obenhin, auf eine nachläßige Art etwas thun, um es nur gethan zu haben, weil man es einmal thun muß, unbekümmert, es sey auf die gehörige Art geschehen, oder nicht, was man sonst *dicis causa* nennt. Salmasius in variis Observationib. et Emendation. ad ius Atticum et Rom. pertinentib. (*Lugd. Batav.* 1645. 8.) Cap. XVII. pag. 377. sq. hat den griechischen und lateinischen Ausdruck sehr ausführlich und mit der ihm eigenen Gelehrsamkeit erklärt. Er sagt nämlich: Quod *defunctorie* fit, id est, in eum tantum finem, ut leviter quis officio suo defungatur, id ὁσίας χάριν fieri Graeci dicunt. Sed et verbum ἀφοσιοῦσθαι eodem sensu usurpant, pro ὁσίας χάριν τὶ ποιεῖν, quod latine licet vertere *defungi.* Hesychius *satisfacere* interpretatur. — Idem ergo et ὁσίας χάριν, et ἀφοσιώσεως χαριν, *defungendi gratia*, et *satisfaciendi*, quod et *defunctorie* latini *Jureconsulti* dixere. Quod in idiomate Gallico *par maniere d'acquit*, id est, *per modum defungendi*, Barbari *pro forma* dicunt. Man sehe noch *Car. Andr.* Duckeb Opusc. varia de Latinitate ICtorum veter. pag. 409. und Schneider's griechisch-deutsches Wörterbuch. Tom. II. Verb. Ὁσία. Nicht unrichtig sagt Heineccius ad Brissonium de Verbor. iuris civ. Significat. voc. *Defunctorie.* Defunctorie fieri dicitur, quod non fit bona fide, sed sub aliquo

Also gar nicht bitten, und auf eine solche Art einen Vormund in Vorschlag bringen, daß das ernannte Subject gar nicht Vormund wird, oder werden kann, ist rechtlich gleichviel. Wenn also die Gesetze Jemanden die Verbindlichkeit auflegen, Vormünder für diejenigen zu erbitten, welche derselben bedürfen; so erfordern sie nicht nur, daß gewisse Subjecte in Vorschlag gebracht werden, denen die Vormundschaft übertragen werden soll, sondern daß auch diese Subjecte, wenn gleich auch nur nach der individuellen Kenntniß des zur Erbittung Verpflichteten, zur Uebernehmung der Vormundschaft tüchtig, auch nicht mit solchen Privilegien versehen, noch mit Vormundschaften schon so belästiget sind, daß sie sich entschuldigen können, oder, wenn sich wider Verhoffen das Gegentheil ergeben sollte, an der abgegangenen Stelle ohne Verzug andere tüchtige Vormünder ernannt werden, folglich die Erbittung pflichtmäßig und auf eine solche Art geschehe, daß sie ihren Zweck erreicht, und von Wirkung ist [71]).

Soviel die Tüchtigkeit der in Vorschlag gebrachten Vormünder anbetrifft, so hat sich Ulpian [72]) darüber folgendermassen geäussert:

obtentu, item, quod non fit ea, qua par est, diligentia. Die Uebersetzung hingegen bey Haloander: sed et si quem petierit, qui *pravitatis gratia* dimitti poterat, ist offenbar unrichtig. Man vergl. noch *Desid.* Heraldi Observation. et Emendat. lib. Cap. XIII. (in *Thes. Jur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 1325. sq.) *Abrah* Wieling Lection. iur. civ. Lib. I. Cap. 3. und *van* Alphen c. l.

71) S. *Gerh.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Punitur. (*Opp.* Tom. II. pag. 555.) und besonders *Hug.* Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. cap. 8. §. 7—10.

72) *L. 2. §. 37. D. ad SCtum Tertull.*

Idoneos autem utrum facultatibus, an et moribus petere debeat, dubitationis esse potest? Puto autem, facile ei ignosci, *si locupletes sint hi, quos petiit.*

Ist also der in Vorschlag gebrachte Vormund nur begütert, so verzeiht man es, wenn der zur Erbittung Verpflichtete, von dem sittlichen Betragen des Vormundes, nicht vollkommen unterrichtet, ein Subject gewählt haben sollte, welches sich von dieser Seite nicht empfiehlt. Denn factische Unwissenheit entschuldiget hier, nur nicht Unkunde der Rechte, welche auch selbst den Müttern nicht zur Entschuldigung gereichen soll, wie Kr. Zeno [73]) rescribirt hat.

Es fragt sich nun, ob die Erbittung der Vormünder nur auf Tutoren, oder auch auf Curatoren geht? Man muß hier vor allen Dingen zwischen Pupillen und Minderjährigen unterscheiden. Erstere können sich nicht selbst Vormünder erbitten. Namque perabsurdum est, sagt Gajus *libro I. de manumissionibus* [74]), in eligendo tutore firmum videri esse iudicium pupilli, cuius in omnibus rebus ut infirmum iudicium tutore auctore regitur. Für diese müssen also Andere um Vormünder bitten. Dieß sind nun gewöhnlich Tutoren. Auf diese geht auch in der Regel nur die Verbindlichkeit zur Erbittung. Ausnahmsweise kann sie sich aber doch auch auf Curatoren erstrecken, nämlich wenn ein solcher Fall vorhanden ist, wo auch der Pupill eines

73) *L.* 11. *C. h. t.* — nulla eis *ignorantia iuris* ad evitanda legibus, vel sacris constitutionibus definita, si petitionem tutorum minus curaverint, profutura.

74) *L. ult. D. de manumiss. vindicta* (XL. 2).

Curators bedarf[75]), oder wenn wegen des noch ungebornen Kindes ein curator ventris zu bestellen ist[76]). Die hierher gehörigen Gesetzstellen sind:

L. 1. D. h. t. Modestinus *libro VII. Differentiarum.* Matris sollicitudo in petendis filio tutoribus, *non etiam curatoribus*, observatur: *nisi quo casu impuberi curator petendus est.*

L. 2. §. 29. D. ad SCtum Tertyll. Ulpianus *libro XIII. ad Sabinum.* Quid, si (mater) *curatores* non petiit? Verba rescripti deficiunt: sed dicendum est, *si quidem impuberibus curatores non petiit*, eandem esse rationem: si iam puberibus, cessare debere.

L. 2. eiusd. §. 30. Quid si, cum praegnans

75) S. von Löhr von der Cura über Unmündige. (in dem Magazin für Rechtswissensch. u. Gesetzgebg. 3. B. Nr. XIII.) S. auch den 29. Th. dieses Commentars §. 1302.

76) *L. 20. D. de tutor. et curator. datis.* Modestinus. Ventri tutor a magistratibus populi Romani dari non potest: *curator potest:* nam de curatore constituendo Edicto comprehensum est. S. *Ant.* Fabri Iurisprud. Papinian. Scient. Tit. IV. Pr. IV. Illat. 5. pag. 144. und *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Hermogenian. ad L. 48. D. de administr. et peric. tutor. §. 2. pag. 265. sq. Den von Modestin angeführten Grund vertheidiget gegen den Angriff des Fornerius (Selection. Lib. II. Cap. 12.) *Frid. Gottfr.* Houck Diss. de rationibus veterum ICtor. falso suspectis. Cap. II. §. 2. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertat. iuridicar Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 345. sq.) Man sehe auch von Löhr über die Röm. Begriffe von Tutel und Curatel. §. 6. (im Magazin 3. B. S. 26. f.)

esset, bonis non petiit curatorem? dico, in sententiam incidere.

Für Minderjährige darf hingegen in der Regel kein Anderer einen Curator erbitten [77]). Er muß selbst darum bitten. Hierauf geht daher auch die gesetzliche Verbindlichkeit zur Erbittung der Vormünder derjenigen nicht, denen sie die Gesetze auflegen. Kaiser Alexander sagt dieses auch ausdrücklich in seinem Rescript an die Otacilia, *L.* 6. *Cod. h. t.* welches folgendermassen lautet:

Matris pietas instruere te potest, quos tutores filio tuo petere debes. Sed et observare, ne quid secus quam oportet, in re filii tui pupilli agatur [78]). *Petendi autem filiis* CURATORES *necessitas matribus imposita non est, cum puberes minores an-*

77) *L.* 2. §. 4 *et* 5. *D, h. t.* Man sehe oben §. 1321. a. S. 16. ff. wo auch die Ausnahmen angeführt sind.

78) Nach der Glosse ist der Sinn dieser Worte: Sed et materna pietas instruere te potest, *quid observare debeas*, ne quid illi, qui tutores petiti atque dati sunt, secus, quam oportet, in re filii tui impuberis agant. Es ergiebt sich hieraus, daß die petitio tutorum bey denen, welchen sie die Gesetze zur Pflicht machen, sich sogar soweit erstreckt, daß sie auch eine Aufsicht über die Verwaltung der Vormundschaft selbst in sich schließt. Von der Mutter wird dieses hier ausdrücklich verlangt. Sie darf daher auch nach der *L.* 2. §. 42. *D. ad SCtum Tertull.* nicht ermangeln, den von ihr erbetenen, und von der Obrigkeit angestellten Vormund anzutreiben, daß er sich ungesäumt der Vormundschaft unterziehe. Quid, si non compulit eos miscere se tutelae? fragt Ulpian. Et cum plenum officium a matre desideremus, et haec ei curanda sunt, ne in hereditate ei obstent; ist die Entscheidung desselben.

nis viginti quinque ipsi sibi curatores, si res eorum exigit, petere debeant.

Eine Ausnahme findet jedoch Statt, wenn der zu Bevormundende sich selbst einen Curator zu erbitten nicht vermöchte, z. B. weil er Blödsinnig ist. Hier tritt die Verbindlichkeit zur Erbittung eines Curators auch auf Seiten derjenigen ein, welche sonst die Gesetze davon freysprechen. Von dieser Ausnahme spricht Ulpian, wenn er *L. 2. §. 31. D. ad SCtum Tertull.* die Frage aufwirft: Quid, si furioso tutorem, vel curatorem non petiit? und sie so entscheidet: Magis est, ut incidat.

Ob der jetzt ausgeführte Unterschied, den das Römische Recht bey Erbittung der Vormünder zwischen Pupillen und Minderjährigen macht, noch heut zu Tage Statt finde, oder ob nicht vielmehr die petitio nach dem deutschen Rechte sowohl auf Tutoren als auf Curatoren ohne Unterschied gehe, ist sehr zweifelhaft. Für das Letztere sprechen folgende Gründe. Der Grundsatz des Römischen Rechts, daß ein Minor sich selbst seinen Curator erbitten müsse, worauf jener Unterschied beruht, findet in Deutschland keine Anwendung mehr, weil er eine nothwendige Folge des römischen Rechtssatzes war: quod minores inviti curatores non accipiant. Daher konnte auch kein Anderer, selbst die Mutter nicht, mündigen, aber noch minorennen Kindern, einen Curator erbitten. Nun sollen aber nach den deutschen Reichsgesetzen den Minderjährigen, wie den Pupillen, jederzeit, bis sie die Großjährigkeit erreicht haben, Vormünder gegeben werden, ohne daß es auf ihr eignes Gesuch und Verlangen weiter ankommt. Der Grund des Römischen Rechts scheint also heut zu Tage gänzlich wegzufallen. Dieß behaupten auch mehrere

angesehene Rechtsgelehrten[79]). Allein dagegen hat man eingewendet, die Vernachläßigung der gesetzlich aufgelegten Pflicht zur Erbittung der Vormünder sey nach dem Römischen Rechte mit Strafen verknüpft, wovon in dem folgenden Paragraph die Rede seyn wird; die deutschen Reichsgesetze aber hätten keine Strafe bestimmt, obwohl sie auch die Strafe des Römischen Rechts nicht aufgehoben haben. Es könne hier also wohl von keiner Ausdehnung derselben auf Fälle die Rede seyn, in welchen das Römische Recht zur Erbittung eines Curators nicht verpflichtete. Hiernächst lasse sich auch gar nicht behaupten, daß der Grund des Römischen Rechts heut zu Tage wegfalle. Minderjährige müßten zwar nach den deutschen Reichsgesetzen allerdings eben so wohl, wie Pupillen, Vormünder, auch wider ihren Willen, annehmen; allein deswegen könnten sie doch auch selbst um Bestellung von Curatoren bitten, und zu dem Zweck auch Subjecte in Vorschlag bringen. Man setze aber, es sey wirklich die Absicht der deutschen Gesetzgeber gewesen, denjenigen, welchen die Römischen Gesetze die Verbindlichkeit zur petitio tutorum aufgelegt haben, auch in eben dem Umfange die petitio curatorum zur Pflicht zu machen, wie vielleicht daraus nicht ohne Grund gefolgert werden möchte, weil den Minderjährigen eben so, wie den Pupillen, jederzeit Vor-

79) S. *Jo.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXXVII. §. 79. *Just. Henn.* BOEHMER Introd. in ius Dig. Tom. II. h. t. §. 5. *Sam.* STRYK Us. Mod. Pand. Vol. II. h. t. §. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 8. *Ge.* BEYER Diss. de hod. tutor. et curator. differentia. §. 16. und Jo. Fried. von Mayer gekrönte Preisschrift von dem Unterschiede zwischen Tutel und Curatel. §. 33. Nr. 3. S. 124. f.

münder gegeben werden sollen, damit das Vermögen derselben unverletzt erhalten werde; so wäre nun noch die Frage, was die Folge seyn würde, wenn diese Pflicht verabsäumt worden. Kann hier eine Strafe Statt finden? gewiß nicht, sofern das Gesetz sie nicht verordnet hat. Das Röm. Recht habe aber die Strafen nur in dem Falle verordnet, wenn derjenige, bey welchem die Erbittung des Vormundes war vernachlässiget worden, in dem Alter oder Zustande verstirbt, wo er nicht testiren konnte. Dieß gehe nicht auf Minderjährige, welche die Einsicht und Verstand haben, selbst testiren zu können [80]). Nach dem gemeinen in Deutschland geltenden Rechte könnten sie sich also ihrer Pflicht nach Gefallen entziehen, wenn nicht etwa die besondern Landesgesetze [81]) bey der Bevormundung der Minderjährigen auf die vernachlässigte Erbittung der Curatoren eine Strafe gesetzt hätten. Das Aeusserste, was man allenfalls zugeben könnte, wäre, daß diejenigen, welchen das Röm. Recht bey den Unmündigen die Verbindlichkeit zur petitio tutorum unter Androhung von Strafen auflegt, zwar bey den Minderjährigen ein Recht haben, Curatoren zu erbitten, damit sie nicht, wohin auch die Absicht der deutschen Reichsgesetze gerichtet ist, ohne Vorsteher bleiben, allein eine Pflicht, deren Verabsäumung obendrein noch strafbar wäre, lasse sich daraus keinesweges herleiten [82]).

80) Stryk c. l. §. 4. habe dieses auch selbst eingesehen.

81) Beyspiele geben das allgemeine Preuß. Landrecht. 2. Th. 18. Tit. §. 97 — §. 102. Cod. Maximil. Bavar. civ. 1. Th. Kap. 7. §. 8. und von Krittmayer Anmerkungen 1. Th. S. 423. Ferner das bürgerl. Gesetzbuch für die deutschen Erbländer der Oesterreich. Monarchie. 1. Th. 4. Hptst. §. 189. und von Zeiller Commentar 1. B. S. 412.

82) S. *Jo. Christ.* Brandenburg Commentat. cit. expon.

Die Wahrheit liegt hier, wie gewöhnlich, in der Mitte. Daß die Mutter heut zu Tage verpflichtet sey, auch ihren mündigen Kindern Curatoren zu erbitten, kann aus den für diese Meinung vorgebrachten Gründen nicht geläugnet werden. Eben so unläugbar ist es aber auch, daß aus den Gründen der letztern Meinung in dem Falle, da diese Pflicht von der Mutter verabsäumt worden ist, nicht die in dem gemeinen Rechte bestimmte Strafe Statt finden könne, weil diese nur für den Fall verordnet ist, wenn die Mutter unterlassen hat, für ihre unmündigen Kinder Vormünder zu erbitten. Denn diese fällt von selbst weg, wenn die Kinder die Mündigkeit erreicht haben, wo sie selbst testiren können. Es kann aber doch die mütterliche Pflichtverletzung, wofern nicht die Landesgesetze deshalb eine besondere Strafe verordnet haben, wenigstens eine Verbindlichkeit zum Ersatz des ihren Kindern dadurch verursachten Schadens zur Folge haben, wofür Recht und Billigkeit sprechen.

Daß nun die Gesetze Einigen das Recht geben, Andern hingegen die Verbindlichkeit auflegen, Tutoren oder Curatoren für diejenigen zu erbitten, welche derselben bedürfen, hat wohl mehr das Beste der Pupillen zum Zweck, wie Hugo Donellus[83]) bemerkt, als wenn man den Grund darin setzt, daß bey den Römern die Obrigkeit erst darum habe angesprochen werden müssen, um ihre Pflicht der Bevormundung für den Fall zu erfüllen, wo Jemand keinen Vormund oder Curator hatte, und doch desselben be-

Differentias iuris Rom. inter pupillos et minores, tutores ac curator. P. II. Cap. II. §. 39. pag. 85. sq.

83) Commentar. de iure civ. Lib. III. cap. 8. §. 1.

dürftig war [84]). Pupillen stehen, wie Papinian [85]) sagt, in publica tutela. Die Obrigkeit muß also für die Bevormundung derselben von Amtswegen sorgen [86]). In omni enim tutelae materia suprema lex est *salus pupilli*, sagt Joh. Wilh. Marckart [87]), quidquid autem salus pupilli postulare videbatur, id magistratibus, qui ius dandi tutores habebant, iniunctum erat providere. Divus Severus rechnet daher diese Fürsorge in dem oben angeführten Rescript an den Cuspius Rufinus [88]) zur cura publica, und allen, sagt er, soll es offenbar werden, omnem se rationem adhibere subveniendis pupillis. Und Ulpian, wenn er *libro primo Regularum* [89]), bemerkt, daß das officium ius dicentis latissimum sey, begreifft namentlich, pupillis non habentibus tutores constituere, darunter. Ja daß schon von jeher bey Unmündigen die Obrigkeit für Verwaltung des Vermögens unmittelbar gesorgt habe, beweisen die Beyspiele bey Cicero [90]) und Diodorus Siculus [91]). Da nun bey den

84) S. Heineccii Diss. de suprema principum magistratuumque tutela §. 24. (in *Opusc.* p. 727.) und Dabelow's Handbuch des Pandectenrechts 3. Th. §. 303.

85) *L.* 2. §. 1. *D. Ne de statu defunctor. post. quinquenn. quaerat.* (XL. 15.)

86) S. *Just. Henn.* Boehmeri Diss. de iudice procedente ex officio in causa civ. Cap. II. §. 9. (in Eius *Exercitation. ad Pand.* Tom. II. pag. 630.)

87) Probabil. receptar. Lectionum iuris civ. P. II. pag. 109.

88) *L.* 2. §. 2. *D. h. t.*

89) *L.* 1. *D. de iurisd.*

90) *In Verrem. Lib. I. cap.* 56.

91) *Excerpta Peirescian.* ab *Henr.* Valesio edit. pag. 397. S. den 29. Th. §. 1317. Not. 35. S. 418.

Römern nur bloß gewisse Magistratspersonen durch besondere Gesetze zur Bestellung der Vormünder für Unmündige authorisirt waren; so konnten sie in ihren weit umfassenden Amtsbezircke unmöglich immer wissen, wo Pupillen sich befinden, welche der Vormünder bedürfen. Damit nun solche Pupillen nicht ohne Vormünder bleiben möchten, so verpflichteten die Gesetze zum Besten derselben gewisse Personen streng, andere hingegen berechtigten sie blos, der competenten Obrigkeit die schutzbedürftigen Pupillen anzuzeigen, und die Bevormundung derselben zu betreiben. Schon gleich die ersten Gesetze, wodurch den darin benannten obrigkeitlichen Behörden das ius dandi tutores verliehen wurde, die Leges Atilia, Titia, und Julia, scheinen von dieser petitio tutorum ausgegangen zu seyn, wie aus einer Stelle der Institutionen des Gajus[92]), welche auch Justinian in die seinigen[93]) aufgenommen hat, erhellet, wo vom testamentarischen Tutor die Rede ist, und gesagt wird: Item si pure datus fuerit, quamdiu nemo heres existat, *tamdiu ex his legibus tutor* PETENDUS *est.* Aber wer war es, von dem die Erbittung gefordert wurde? Mündige Frauenspersonen mußten den Tutor für sich nach diesen Gesetzen selbst erbitten, wie ebenfalls Gajus[94]) sagt, und eben so mußte auch sogar der Pupill um den curator, der

92) *Institution. Commentar. I.* §. 186. S. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 239.

93) *Lib. I. Tit.* 20. §. 1. *de Atiliano tut.*

94) *Institution. Commentar. I.* §. 195. Libertina, — si a femina manumissa sit, — *e lege Atilia* PETERE DEBET *tutorem*, vel in provincia *e lege Titia.* — Similiter *ex iisdem legibus* PETERE DEBET *tutorem* liberta, si patronus decedit, nec ullum virilis sexus liberorum in familia relinquit.

ihm zu bestellen war, wenn er mit seinem Tutor in einen Proceß gerieth, selbst bitten, und konnte sogar vom Prätor dazu genöthiget werden[95]). Ausser diesem Falle kann

95) *L.* 3. §. 2. *D. de tutelis.* ULPIAN. *libro XXXVII. ad Sabinum.* Si pupillus pupillave cum iusto tutore, tutorve cum eorum quo litem agere vult, et Curator in eam rem petitur: utrum ipsis poscentibus datur, an vero et adversario? Et sciendum est, sive agant, sive conveniantur, dari hunc curatorem posse: sed non alias, quam si ipse petat, cui dari eum oportet. Denique CASSIUS libro sexto scripsit, talem curatorem neminem dari posse, nisi praesentem: neque cuique nisi praesenti et postulanti. Itaque infanti non potest dari. Idem CASSIUS ait, si pupillus curatorem poscere non vult, quominus cum eo agatur, cogi eum a Praetore debuisse. Der hier durch Interpolation genannte Curator ist an die Stelle des ehemaligen tutor praetorius getreten, dessen GAJUS *Inst.* Comment. I. §. 184. und ULPIAN. *Fragm. Tit. XI.* §. 24. gedenken. Man sehe auch §. *ult. I. de auctor. tutor.* Ich habe davon im 29. Th. §. 1302. S. 130. f. gehandelt. Da die Bestellung des tutor praetorius eine Folge der alten legis actiones war, welche wegen der nimia subtilitas in der Folge aufgehoben worden sind, wie ebenfalls GAIUS *Comm. I.* §. 184. und IV. §. 30. sagt, über welche erste Stelle besonders *Aug. Guil.* HEFFTER ad *Gaji* Institut. Commentar. IV. sive de Actionibus. (*Berolini* 1827. 4.) Cap. XX. pag. 99. sq. zu vergleichen ist; so sind auch wohl die Worte: litem agere hier interpolirt. Ulpian schrieb vielmehr *lege agere*, oder *legitimo iudicio agere*, wie aus der angeführten Stelle seiner Fragmente erhellet. S. auch NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Qui? pag. 554. und *Franc.* HOTOMANUS Observation. lib. V. Cap. 19. Von jener ehemaligen solemnitas iudiciorum scheint auch die in unserer *L.* 3. erforderliche Gegenwart,

man, wie Pomponius *libro III. ad Sabinum* [96]) sagt, von einem Pupillen nicht verlangen, daß er sich selbst einen Tutor erbitte. Daher müssen Andere für ihn bitten, aber doch nur dann, wenn weder testamentarische noch gesetzliche Vormünder vorhanden sind, oder diese eine gesetzmäßige Entschuldigung haben. Einige haben nun bloß ein Recht dazu, ohne zur Erbittung verpflichtet zu seyn. Dahin gehören Verwandte, Verschwägerte, oder auch nur Freunde der Eltern, und Erzieher der Jugend. Selbst Gläubiger, Legatare, und Andere, die wegen rechtlicher Verhältnisse, in denen sie mit dem Pupillen stehen, und in Ansehung derer ein Vormund nöthig ist, damit man sich mit ihm einlassen könne, ein Interesse haben, daß ein Vormund bestellt werde, können darauf antragen. Jedoch werden diese freywilligen Petitoren nur dann erst zugelassen, wenn diejenigen, welchen die Pflicht zur Erbittung obliegt, ihrer Obliegenheit kein Genüge thun. Insonderheit aber sollen Gläubiger, und die sonst ein Interesse bey der Bestellung der Vormünder haben, vorerst diejenigen darum bitten, denen die Verbindlichkeit dazu obliegt. Nur dann erst, wenn diese es verweigern, oder unterlassen, oder keine derselben vorhanden sind, können sie selbst den Richter um die Bestellung eines Vormundes bitten. Auf das Bitten Anderer, die nicht dazu berechtiget sind, braucht die Obrig-

und persönlich nothwendige Erbittung eines Curatoris ad litem von Seiten des Pupillen vielleicht eine Folge zu seyn. Man sehe noch *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pand. Tom. IV. pag. 389.

96) *L. 2. D. de tutelis.* Non est exigendum a pupillo, ut sibi tutorem petat.

keit keine Rücksicht zu nehmen [97]. Dieses alles werden folgende Gesetzstellen bestätigen.

L. 2. pr. D. h. t. Modestinus *libro I. Excusationum.*

Ἐὰν οἱ ἀφήλικες μὴ ἔχωσι τοὺς ἐκ τῶν νόμων κηδεμόνας, ἐὰν μὲν ἐπιτρόπων δέωνται διὰ τὴν ἡλικίαν, δύνανται αἰτῆσαι αὐτοῖς ἐπιτρόπους καταστάθῆνα οἵτε συγγενεῖς, καὶ οἱ κατ' ἐπιγαμίαν οἰκεῖοι γονέων, ἀῤῥένωντε, καὶ θηλείων. δύνανται καὶ φίλοι τῶν γονέων καὶ τροφεῖς ἀυτῶν τῶν παίδων τοῦτο αἰτῆσαι.	*Ex versione Ant.* Augustini. Si minores non habeant legitimos defensores, si quidem tutoribus egeant ob impuberem aetatem, possunt cognatione, aut adfinitate propinqui parentibus eorum masculis, aut feminis petere, ut eis tutores constituantur. Possunt id quoque parentum amici, et ipsorum puerorum educatores.

L. 5. C. h. t. Imp. Alexander A. Fuscianae. Amita tutores petere filiis fratris sui non prohibetur.

L. 10. C. eodem. Impp. Diocletian. et Maximianus AA. et CC. Prisco. Nepotibus fratris tui, si eorum mater in petendis tutoribus debito non fungatur officio, petere tutores solemniter potes.

L. 2. §. 3. D. h. t. Modestinus *libro I. Excusation.*

97) S. *Hug.* Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. III. Cap. 8. §. 2.

Ἐὰν μέντοι τὶς ἢ δανειστὴς, ἢ λεγατάριος, ἢ ἄλλην ἀναγκαίαν ἔχῃ πρὸς τὸν ὀρφανὸν συστασιν. ἀυτὸς μὲν ὀυκ ἀιτήσει ἐπίτροπον τῷ ὀρφανῷ, ἀλλὰ τοὺς αἰτεῖν δυναμένους ἀξιώσει ἀιτῆσαι, ἢ εαν ὅυτοι ἀποκνήσωσι, τότε προσελθών. τῷ ηγουμένῳ ἀυτὸ τοῦτο ἐρεῖ, ἵνα, καταστα θέντος ἐπιτρόπου νομίμου, ἡ πρὸς τὸν ὀρφανὸν γένηται σύστασις	Sane si quis aut *creditor* 98), aut legatarius sit, aut qui aliam habeat necessariam cum pupillo contentionem, non ipse petet ei tutorem, sed eos rogabit, qui petere possunt, ut petant 99), aut si ipsi petitionem tardabunt, adito tum Praeside, rem totam explicabit, ut constituto legitimo tutore 100), lis cum pupillo habeatur.

98) Die versio vulgata hat *foenerator*. Allein das griechische Wort δανειστὴς heißt hier creditor.

99) Darunter sind hier nicht alle diejenigen zu verstehen, welchen blos erlaubt ist, für den Pupillen einen Vormund zu erbitten, sondern die dazu verpflichtet sind, wie aus *L.* 4. *C. h. t.* erhellet, wo sie necessarii genennt werden. S. Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Quid? und Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts bis Justinian 1. B. 2. Abth. §. 239. S. 896. Die Glosse erklärt zwar das Wort *necessarii* durch consanguinei, qui petere possunt tutores. Allein man sehe *Hug.* Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 8. §. 2. (Vol. II. edit. *noviss. Norimb.* 1805. pag. 84.)

100) Die versio vulgata hat: *more legitimo*, und dieß erklärt Pothier in Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. II. Not. b. pag. 105. ex more, qui iudiciis peragendis antiquitus constitutus est. Allein die ganze Uebersetzung ist unrichtig. Es heißt ja im Griechischen

L. 4. *C. h. t.* Imp. Antoninus A. Domnino. Si filiis debitoris tui non sunt necessarii, qui tutores petant, potes et ipse curare, ut accipiant, per quos legitime defendantur [1]).

Verpflichtet aber zur Erbittung der Vormünder sind folgende Personen.

1) Die Mutter, und zwar diese Anfangs nur allein. Man leitet die Pflicht derselben aus dem oben angeführten Rescript des Divus Severus an den Cuspius Rufinus her, dessen Modestinus [2]) gedenkt, wenn er sagt: *Τὰ δὲ περὶ τῆς μητρὸς προειρημένα δηλοῦται ἐν ἐπιστολῇ Σεβήρου.* i. e. *quae de matre scripta sunt*, Severi *epistola* constant. Die Worte des Rescripts sind schon oben (S. 79.) angeführt worden. Sie kann aber auch, wie ebenfalls oben [3]) bemerkt wurde, schon früher durch das Tertullianische Senatus-Consultum eingeführt worden seyn. Ursprünglich schränkte sie sich jedoch nur auf die Tutel ihrer unmündigen Kinder ein; wurde aber nachher durch Interpretation auch auf die Cura eines Unmündigen, die cura eines furiosi, und die cura ventris ausgedehnt, wie schon oben bemerkt worden ist.

ἐπιτρόπου νομίμου, und dazu paßt denn auch das *καταστα θέντος*, aber nicht zu *mos legitimus.*

1) Pothier c. l. Not. o. versteht die *L.* 4. so, daß wenn keine zur Erbittung Verpflichtete vorhanden sind, der Gläubiger des Pupillen nur dann erst selbst um die Bestellung eines Vormundes habe bitten können, postquam interpellaverit propinquos et familiares. Allein das Gesetz sagt davon nichts. Man sehe die Not. 96.

2) *L.* 2. §. 2. *D. h. t.*

3) S. die Note 63. S. 82. f.

2) Die Großmutter. Auch auf diese ward das Gesetz erst durch Interpretation angewendet, wie aus der Stelle Ulpians *L.* 2. §. 28. *D. ad SCtum Tertull.* erhellet, wo er die Frage aufwirft: Quid, si *nepotibus?* und sie so entscheidet: Similiter non petendo punitur.

Kr. Constantius erstreckte das Gesetz durch eine Verordnung vom J. 357.

3) auf beyde Großeltern, mithin auch auf den mütterlichen Großvater. Die Verordnung selbst, befindet sich in dem Theodosianischen Codex Lib. III. Tit. 18. Const. 1. h. t. [4]) und lautet folgendermassen.

Avos quoque et AVIAS tutoris necessitas postulandi teneat obligatos, si nepotibus pupillaris aetatis testamentaria vel legitima tutela defuerit. Nam si tutor forte petitus non fuerit, secundum ea, quae *priscis legibus* [5]) statuta sunt, emolumentum successionis amittant, ad quos poterat hereditas pervenire.

Was hier von der Großmutter gesagt wird, ist also eigentlich nicht neu. Denn schon die alten Rechtsgelehr-

4) *Cod. Theod.* Tom. I. pag. 364. edit. *Ritter.* In HUGO iur. *civ.* Antejust. Tom. I. pag. 353. und WENCK Cod. Theodos. libri V. priores. pag. 185. sq.

5) Unter den *priscis Legibus* versteht *Jac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad h. L. (Cod. Theod. Tom. I. p. 364.) das Rescript des K. Severus. Ihm stimmt auch WENCK c. l. Not. a. pag. 185. bey. Sollte aber nicht vielmehr die oben Not. 68. S. 82. geäusserte Muthmaßung, daß das SCtum Tertullianum hierin vielleicht dem Rescript vorangegangen sey, hier eine neue nicht unbedeutende Stütze finden?

ten erklärten die Constitution des Kaisers Severus so, daß unter der Benennung Mutter auch die Großmutter zu verstehen sey [6]). Nach der dem Gesetz beygefügten gothischen Interpretation ist jedoch sowohl die väterliche, als mütterliche Großmutter gemeint. Justinian hat diese Constitution in seinen Codex nicht mit aufgenommen. Warum? vermuthlich, weil wegen der neuern Verordnung des Kaisers Theodos II. von welcher gleich nachher die Rede seyn wird, das Gesetz des Kaisers Constantius für überflüßig gehalten wurde. Denn daß dasselbe stillschweigend sey aufgehoben worden, wie Pothier [7]) meint, läßt sich nicht behaupten.

Diese Constitution dehnte endlich der Kaiser Theodos II. durch eine Verordnung vom J. 439 4) auf alle diejenigen aus, welche den Pupillen entweder *ab intestato* oder *iure substitutionis* einmal zu beerben haben. Die Verordnung ist die *L.* 10. *Cod. de legitimis heredib.* (VI. 58.) [8]) und folgenden Inhalts:

Sciant, qui ad successionem vocantur pupilli mortui, si defuncto eius patre, tutorem ei secundum legem non petierint intra annum, omnem eis, sive ab intestato, sive iure substitutionis, successionem eius, si impubes moritur, denegandam esse [9]).

6) S. Donellus Commentar. Lib. III. Cap. 8. §. 31.

7) Pand. Justin. h. t. Nr. IV.

8) Dieses Gesetz ist aus der *Novella* Theodosii 5. *de tutoribus* nach der Ritterschen Collection (Cod. Theod. Tom. VI. P. II. pag. 17.) genommen. In Hugo iure civ. Antejust. Tom. II. pag. 1243.

9) S. *Jo. Dan.* Ritter Comment. ad Nov. Theodosii cit. Not. g. pag. 18 sq.

Unter diesen Verpflichteten liegt nun der Mutter vor allen Andern die Verbindlichkeit der Erbittung ob, und nur erst dann, wenn diese binnen der ihr gesetzten Zeit ihrer Obliegenheit kein Genüge gethan hat, treten die übrigen statt der Mutter ein. Die Ordnung ist übrigens dieselbe, wie sie dem Pupillen succediren. Zuerst ex testamento derjenige, welcher dem Pupillen substituirt worden ist; dann die nächsten Intestat-Erben [10]. Sie müssen aber auch bey der petitio tutorum alles das beobachten, was durch das Gesetz und die Interpretation der Mutter dabey vorgeschrieben ist. Sie müssen also, sofern sie nicht selbst die Vormundschaft übernehmen wollen, oder können, nicht nur für die Bestellung der Vormünder selbst durch Ernennung gewisser, und dazu tüchtiger Subjecte, sondern auch für die Confirmation der testamentarischen Vormünder, wo dieselbe nöthig ist, so wie für die Substitution abgegangener oder verworfener Vormünder in der gesetzlich bestimmten Zeit sorgen, wenn sie sich nicht die mit der Verabsäumung gesetzlich verbundenen nachtheiligen Folgen zuziehen wollen. Die angeführte Verordnung des Kaisers Theodos II. deutet dieses in den Worten an: si defuncto eius patre, tutorem ei *secundum legem* non petierint intra annum [11]).

Nach dem Römischen Rechte gehörten zu den Verpflichteten auch die liberti des verstorbenen Vaters der Pupillen. Bey diesen gehörte es mit zum schuldigen ob-

10) Arg. *L.* 2. §. 47. *D. ad SCt. Tertull.* S. *Paul* Montanus Tr. de iure tutelar. et curation. Cap. XVIII. nr. 5 — 8. pag. 171. und besonders *Hug.* Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 8. §. 34. 37. et 38.

11) S. Donellus cit. loc. §. 33 — 35. (Vol. II. pag. 100. edit. noviss. *Norimberg.*)

sequium, für Bevormundung der unmündigen Kinder ihres verstorbenen Patrons zu sorgen, und die Unterlassung hatte hier bloß Züchtigung zur Folge [12]).

Das Resultat von dem Allen giebt nun Modestinus *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* folgendermassen an.

Οἱ μὲν ὄυν ἄλλοι ἐκ προαιρέσεως αἰτοῦσιν ἐπιτρόπους. Εἰσι δέ τινες, οἷς ἐπάναγκές ἐστὶν αἰτεῖν ἐπιτρόπους. οἷ ον μήτηρ, καὶ ἀπελεύθεροι. ἐκ τούτων γὰρ αἱ μὲν ζημιοῦνται, οἱ δὲ καὶ κολάζονται, ἐὰν μὴ αἰτήσωσι τοὺς ἐκ τῶν νόμων κηδεμόνας.	Alii igitur *libera voluntate* petunt tutores, alii id facere *coguntur*, mater puta et liberti. Namque illa, nisi legitimos liberis defensores petat, damno, hi poena plectuntur.

§. 1324.

Strafen derjenigen, welche die ihnen obliegende Pflicht, Vormünder für Unmündige zu erbitten, verabsäumen. Insonderheit Strafe der Mutter.

Da also die Erbittung der Vormünder für Unmündige, welche gewissen Personen als gesetzliche Verpflichtung obliegt, (petitio tutorum necessaria) im Falle der Verabsäumung, wie Modestinus lehrt, mit nachtheiligen

12) *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* *L.* 2. *Cod. eodem.* Die Nothwendigkeit der petitio tutorum trat jedoch beym libertus erst dann ein, wenn er selbst die Vormundschaft nicht übernehmen konnte. Denn diese ohne gerechte Ursache von sich abzulehnen, wurde für eine strafwürdige Undankbarkeit gehalten, wie aus *L.* 19. *D. de iure patronat.* erhellet. S. *Jac. Henr.* Born Diss. de poenis libertorum ingratorum apud Romanos. *Lipsiae* 1738. 4.

Folgen verknüpft ist; so fragt es sich, worin dieselben bestehen? Wir übergehen hier billig die Strafen, welche das Römische Recht blos als Undank an Freygelassenen ahndete, wenn sie unterlassen hatten, für die Bevormundung der unmündigen Kinder ihres verstorbenen Patrons zu sorgen, da sie jetzt ausser Anwendung sind, und wollen blos bey denen stehen bleiben, welche die Mutter und diejenigen treffen, die den Pupillen künftig zu beerben haben [13]. Nach dem neuern Römischen Rechte bestehen diese Strafen in dem Verluste des Intestaterbrechts zu Gunsten der nächsten Erben, und in der Ausschließung von der Pupillarsubstitution [14]. Man gieng hier zuerst von der Pflicht der mütterlichen Liebe aus [15], und erklärte die Mutter, wenn sie, mit Verletzung derselben, ihren unmündigen Kindern, deren Vormünderin sie selbst nicht werden mochte, entweder gar keinen tüchtigen Vormund erbeten, oder, wenn die erbetenen sich entschuldiget haben, oder von der Obrigkeit verworfen worden sind, nicht ungesäumt andere ernannt hat, für unwürdig, denselben zu succediren. Modestinus [16] sagt: Ἡ μὲν μήτηρ ἐξελαύνεται τῆς τοῦ παιδὸς νομίμου κληρονομίας, ὡς οὖσα ἀναξία λαβεῖν κλῆρον νόμιμον μὴ φροντίσασα αὐτῷ καταστα θῆναι ἐπίτροπον. i. e. *Mater vero repellitur a legitima filii hereditate, tamquam indigna ex eius bonis legi-*

13) Man sehe hier vorzüglich Donellus Commentarior. Lib. III. Cap. 8. §. 3 seqq.

14) *L.* 2. §. 1 *et* 2. *L.* 4. §. 3. *D. h. t. L.* 2. §. 23. *D. ad SCt. Tertull. L.* 10. *C. de legitim. hered.* §. 6. *J. de SCto Tertyll.*

15) *L.* 6. *et* 9. *C. h. t.*

16) *L.* 2. §. 1. *D. h. t.*

timam portionem consequi, cui tutorem quaerere neglexerit. Er beruft sich auf das Rescript von Divus Severus, dessen Worte er nachher selbst anführt. Dieser Theil der Stelle aus Modestin, welcher die Worte des Rescripts enthält, ist schon oben vorgekommen. Da diese Constitution blos die Mutter straft, wenn sie für die Bevormundung ihrer Kinder nicht gehörig, d. h. nicht auf die Art gesorgt hat, wie es das Gesetz ihr zur Pflicht macht; so fand nun zwar die Interpretation keinen Zweifel, den von dem Gesetzgeber gebrauchten Ausdruck filii, nicht nur von Söhnen, sondern auch von Töchtern zu erklären, denn dieses war auch dem römischen Sprachgebrauche vollkommen gemäß [17]. Daher sagt Ulpian [18]: Filiis autem non petendo, punitur: utique et filiabus. Wie aber, wenn die Mutter ihren Enkeln keinen Vormund erbittet? Von diesen spricht zwar auch das Rescript ausdrücklich nicht. Aber der römische Sprachgebrauch erforderte auch auf diesen Fall die Anwendung des Gesetzes. Justa interpretatione recipiendum est, sagt Julian *libro LXXXI. Digestorum* [19], ut appellatione *filii*, sicuti filiamfamilias contineri saepe respondimus, ita et *nepos* videatur comprehendi. Et patris nomine *avus* quoque demonstrari intelligatur. Die Interpretation wandte daher das Strafgesetz ohne Bedenken auch auf die Großmutter an [20],

17) *L.* 201. *D. de Verbor. Signif.*

18) *L.* 2. §. 28. *D. ad SCtum. Tertull.*

19) *L.* 201. *D. de Verbor. Signif.* Eben so sagt Paulus *L.* 84. *D. eodem.* Filii appellatione omnes liberos intelligimus.

20) *L.* 2. §. 28. *D. ad SCtum. Tertull.*

in Erwägung, daß die Verletzung der mütterlichen Liebe, worin hier der Grund der Strafe beruhet, bey der Großmutter gleich strafbar sey. Allein auf den Großvater das Gesetz mit auszudehnen, erlaubte weder der Ausdruck, noch die Würde des Geschlechts [21]). Hierzu war ein neues Gesetz nöthig. Kaiser Constantius dehnte daher in der Folge das Gesetz des Divus Severus durch eine eigne Verordnung [22]) auf beyde Großeltern aus, welche jedoch Justinian aus dem oben angeführten Grunde nicht in seinen Codex aufgenommen hat. Da übrigens die Mutter nach dem Tertullianischen Senatusconsultum ihren unehelichen Kindern so gut, wie den ehelichen, succedirte [23]); und auch die Pflicht der mütterlichen Liebe sich nicht auf die Feyerlichkeit der ehelichen Verbindung beschränkt; so verstand sich's nun zwar schon von selbst, daß in Absicht auf die Sorge für die Bevormundung kein Unterschied Statt finden könne, die Kinder seyen eheliche oder uneheliche [24]). Kaiser Zeno bestätigte aber dieses doch noch durch ein ausdrückliches Gesetz [25]), welches folgenden Inhalts ist:

Matres *naturalibus etiam filiis* ad similitudinem eorum, qui ex iustis ac legitimis nuptiis sunt procreati, petendorum tutorum necessitati subia-

21) S. Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. Principio.

22) *L.* 1. *Cod. Theod. h. t.* (III. 18.) S. *Jac.* Gothofredus Commentar. ad h. L. Tom. I. *Cod. Theod.* pag. 364.

23) §. 7. *J. de SCto Tertyll.*

24) S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. cap. 8. §. 6. und Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Incidit. pag. 555.

25) *L.* 11. *Cod. h. t.*

ceant: nulla eis ignorantia iuris ad evitanda legibus, vel sacris constitutionibus definita, si petitionem tutorum minus curaverint, profutura.

Auf Curatoren ging nun zwar eigentlich das Gesetz des Kaisers Severus nicht, denn es redet ausdrücklich nur von Tutoren. Es trat auch hier der besondere Grund ein, daß Minderjährige, welche mündig sind, und eines Curators bedürfen, selbst darum bitten müssen, ein Anderer aber es nicht einmal auf eine gültige Art thun kann [26]). So rescribirt auch selbst Kaiser Alexander [27]). Die Interpretation hat es aber doch auch gewissermassen auf Curatoren bezogen, nämlich wenn Unmündige eines Curators benöthigt sind [28]), oder wenn eine Curatel für einen furiosus [29]), oder auch eine cura ventris anzuordnen ist [30]), und der postumus nachher geboren worden ist [31]). In allen diesen Fällen soll gleiche Strafe, wie bey der vernachlässigten petitio tutorum, eintreten, wenn die Mutter dem Kinde gar keinen, oder einen verwerflichen Curator erbeten hat [32]). Diese Strafe beschränkt sich jedoch nach dem Rescript des Divus Severus nur auf den Verlust der Erbschaft des Pupillen, wenn dieser während der Unmündigkeit verstirbt. Ist also der Mutter von dem Vater des Pupillen ein Legat hinterlassen worden, so macht sie

26) *L.* 2. §. 4 *et* 5. *D. h. t.*

27) *L.* 6. *Cod. eodem.*

28) *L.* 1. *D. h. t. L.* 2. §. 29. *D. ad SCtum Tertullian.*

29) *L.* 2. §. 31. *D. eodem.*

30) *L.* 2. §. 30. *D. eodem.*

31) S. Montanus de tutelis et curation. Cap. XVIII. nr. 12.

32) S. Thibaut System des Pand. Rechts B. I. §. 510.

sich desselben nicht verlustig weil dieses nicht zur Erbschaft des Pupillen gehört, wie Tryphonin [33]), sagt:

Haec autem mater ab omni quidem bonorum vindicatione intestatorum filiorum repellitur. Si vero maritus ei fideicommissum a filio reliquerit, cui mulier non petit tutorem, *si sine liberis decesserit*, vel sub hac ipsa conditione, *si intestatus mortuus erit*: fideicommissi petitio, quae ex alieno iudicio descendit, non est perempta.

Ist hingegen die Mutter dem unmündigen Kinde vom Vater substituirt worden, so macht sie sich der Erbschaft des Kindes verlustig, wenn sie in Ansehung der Bevormundung desselben ihrer gesetzlichen Obliegenheit kein Genüge that. Nach den Worten des Severischen Rescripts konnte dieses zwar zweifelhaft scheinen, weil es darin ausdrücklich heißt: *ius non habeat vindicandorum sibi bonorum* INTESTATORUM *filiorum* [34]). Das Rescript scheint also als Bedingung vorauszusetzen, daß die Kinder ohne Testament verstorben sind. Dieß läßt sich aber bey einer Pupillar-Substitution nicht sagen, weil hier ein Testament vorhanden ist, welches zwar der Vater dem Kinde gemacht hat, aber eben deswegen für das Testament des Kindes gehalten wird [35]). Allein die Verordnung des Kaisers Theodos II. [36]) deren schon oben

33) *L.* 4. §. 3. *D. h. t.* S. *Jul.* Pacius Εναντιοφανων seu LL. conciliatar. Centur. V. Quaest. 74.

34) *L.* 2. §. 2. *in fin. D. h. t.* *L.* 2. §. 23. *D. ad SCtum Tertull.*

35) *L.* 8. §. 5. *D. de inoff. testam.* §. 2. *J. de pupill. substitut.* (II. 16.)

36) *L.* 10. *C. de legitim. heredib.*

gedacht worden ist, hat, wie auch schon oben bemerkt wurde, die Constitution des Divus Severus dergestalt erweitert, daß alle, welche zur Erbfolge des verstorbenen Pupillen berufen sind, mithin auch die Mutter und übrigen Ascendenten, nicht nur mütterlicher, sondern auch väterlicher Seits, welche diesem Kinde binnen der ihnen gesetzten Frist keinen Vormund erbeten haben, ihres Anspruchs auf den Nachlaß desselben, es sey ab intestato, oder iure substitutionis, verlustig seyn sollen [37]). In eben dieser Verordnung wird nachher dieselbe Strafe nochmals namentlich der Mutter gedrohet, wenn sie nach selbst übernommener Tutel zur zweyten Ehe schreitet, ehe sie ihrem unmündigen Kinde einen andern Vormund erbeten, und diesem Rechnung abgelegt hat [38]).

Wir ersehen übrigens aus dieser Constitution, daß ausser dieser Strafe der Mutter in einer früheren Verordnung eines christlichen Kaisers zugleich die harte Strafe der Infamie, verbunden mit dem Verlust des Rechts zu testiren, und Schenkungen zu errichten, war angedrohet worden, welche hier wieder aufgehoben wird. Theodos gedenkt derselben in folgenden Worten [39]):

37) S. Donellus Comm. Lib. III. cap. 8. §. 29. et §. 30.

38) Aus diesem letzten Theile der Theodosischen Constitution ist die *L. 6. Cod. Just. ad SCtum Tertull.* (VI. 56.) genommen. Das Gesetz befindet sich auch in der *Lex Romana Burgundionum* Tit. XXXVI. pag. 103. (edit. Barkow. *Gryphiswald.* 1826. 8.) Es ist übrigens merkwürdig, daß die Strafe, welche nach der Constitution des Kaisers Theodos II. alle treffen soll, die zur Succession des verstorbenen Pupillen gerufen werden, in der *Lex Rom. Burgundionum* blos der Mutter gedrohet wird.

39) *Novella* Theodosii II. *de tutoribus.* In der Ritterschen

Cum in omnibus rebus, tum vel maxime moderamen desideratur in legibus, per quas delinquentes pro qualitate criminum convenit emendari. Nec enim utile est, vel a iudicibus observandum, quod modum emendationis excedit. Sic [40]) constitutionem, *quae matres pupillis, vel minoribus defensionem legitimam non petentes, vel relictarum rerum inventarium non facientes, mori praecepit intestatas*, utpote amaram, ac matres immoderata poena plectentem, antiquari decernimus.

Daß diese Constitution in dem Theodosianischen Codex enthalten gewesen, bezeugt der gothische Ausleger derselben [41]), welcher auch dieselbe noch vollständiger referirt.

Lex ista liberat matres a poena illa, *quae fuerat in Theodosiani Codicis corpore constituta*, ut si

Collectio Lib. I. Tit. V. (in *Cod. Theod.* Tom. VI. P. II. pag. 17. sq.) Nach Hugo Lib. I. Tit. XI. (in *Jure civ. Antejustin.* Tom. II. pag. 1243.)

40) Die gemeine Lesart ist: *si* constitutionem etc. Allein schon Ritter hat Not. d. ad Nov. cit. pag. 18. deutlich erwiesen, daß diese Lesart fehlerhaft sey, und *sic* statt *si* gelesen werden müsse. Ihm ist auch H. Geh. Justiz. R. Ritter Hugo gefolgt, welcher diese Verbesserung, da die gemeine Lesart keinen Sinn hat, in den Text aufgenommen hat. Uebrigens ist hier das Adverbium *Sic* in der von den juristischen Lexicographen nicht bemerkten Bedeutung für *igitur*, oder *quam ob rem* genommen, was wir im Deutschen mit deswegen, daher, darum ausdrucken. Eine Bedeutung, in welcher das Wort *Sic* auch in den Röm. Klassikern, selbst bey Cicero, z. B. *ad Diversos Lib. XIII. Ep.* 70 *in f.* vorkommt.

41) S. Ritteri Novellae Impp. pag. 18.

non providissent filiis tutores, vel rerum inventarium non fecissent, *faciendi de rebus suis testamenta, vel donandi, cui voluissent, non haberent liberam potestatem, et insuper notarentur infamia.*

In den bisher bekannten Ausgaben des Theodosianischen Codex steht sie jedoch nicht. Jacobus Gothofredus [42]), und Cornelius van Bynkershök [43]) kannten sie blos aus der gothischen Interpretation. Allein sie ist nun wieder aufgefunden [44]), und lautet, nach Haubold's [45]) und Wenck's [46]) verbesserter Lesart, folgendermassen:

42) Comm. ad L. 1. Cod. Th. h. t. Tom. I. pag. 364. edit. *Ritter.*

43) Observation. iuris Rom. Lib. VIII. Cap. 16. (Tom. II. pag. 339. edit. Heineccii.)

44) Diese Entdeckung verdanken wir dem Fleiße, und aufopferndem Eifer des verdienstvollen Prof. Hänel in Leipzig, welcher das Glück gehabt hat, während seines Aufenthalts in Paris, die im Theodosianischen Codex in dem Tit. *Qui petant*, vermißte Constitution in einer Handschrift vom *Breviarium Alaricianum*, welche die Königliche Bibliothek besitzt, (4403) wieder aufzufinden. Sie wurde zuerst in der *Themis, ou Bibliotheque du Jurisconsulte* Tom. IV. pag. 191. bekannt gemacht.

45) S. *Christ. Gottl.* Haubold Praetermissorum inprimis ad Breviarium Alaricianum pertinentium e codicibus a Gustavo Haenelio, Professore Lipsiensi, novissime collatis, Promulsis I. *Lipsiae* 1822. 4. pag. 15 — 18. Man findet in dieser trefflichen Schrift nicht nur eine gründliche Erläuterung der gedachten Constitution, sondern auch einen das Original der Handschrift darstellenden Abdruck derselben.

46) Codicis Theodosiani libri V. priores, recogn. a *Car. Frid. Christ.* Wenck. *Lipsiae* 1825 8. pag. 186 sq.

Iidem AAA..... Si mater defensorem legitimum [47]) filiis non poposcit, vel tutor pupillis inventarium rerum [48]) propria avaritia [49]) vel temeritate non conscripserit, ita plectantur infamia [50]), ut nec testandi nec donandi habeant libertatem. Dat. prid. Kal. April. MODESTO et ARINTHEO Coss. (372.)

Die Subscription dieser Verordnung ist hier nach Haubold ergänzt, welche in der Pariser Handschrift mangelhaft und verstümmelt ist. In der Handschrift heißt es bloß MOSTO CONSS. MOSTUS ist hier höchst wahrscheinlich der verstümmelte Name des *Flavius Domitius Modestus*, welcher im J. Chr. 372 mit dem *Arintheus*

47) Hier finden wir den Ausdruck *defensor legitimus* wieder, den auch Modestin in der oben vorgekommenen griechischen *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* in eben der Bedeutung gebraucht hat, τοὺς ἐκ τῶν νόμων κηδεμόνας. Der Ausdruck *Defensor* für tutor oder curator ist in den Röm. Gesetzbuche sehr gewöhnlich. S. BRISSONIUS de Verbor. iur. Significat. v. *Defensor* Nr. 4. Haubold führt auch noch eine Stelle aus dem CLAUDIANUS *de IV. Consulatu Honorii Aug. Panegyr.* v. 433. an.

48) Die Pariser Handschrift liest *inventa in eo rerum*; allein offenbar fehlerhaft.

49) Hänel las *auctoritate*. Allein die Lesart avaritia ist theils den Zügen der Buchstaben im Original, theils dem nachfolgenden temeritate entsprechender.

50) Die Pariser Handschrift hat *infamie*. Will man hier nicht die ungewöhnliche Construction mit den Genitiv annehmen, die einmal bey APULEIUS in Apologia pag. 274. edit. ELMENHORST. oder *Oper.* Tom. I. pag. 250. edit. *Alteburg.* 1778. 8. vorkommt, so ist wohl die Lesart infamia die richtigere.

Consul war[51]). Zu dieser Zeit regierten die Kaiser VALENTINIANUS I., VALENS und GRATIANUS. Wer nun von diesen Kaisern eigentlich der Urheber dieser Constitution sey, ist zwar nicht mit Gewißheit zu bestimmen; doch ist die Vermuthung Haubold's sehr wahrscheinlich, daß die Constitution vom Orient ausgegangen, und dem Kr. Valens zuzueignen sey[52]).

Durch die Constitution des Theodos ward also nur die vom Valens der Mutter gedrohete Strafe der Infamie, und des damit verbundenen Verlusts des Rechts zu testiren, und Schenkungen zu errichten aufgehoben; allein die alte Strafe der Ausschließung von der Erbschaft des Pupillen ward dadurch nicht nur nochmals bestätiget, sondern auch auf alle Erben des Pupillen ausgedehnt, sie mögen ihm ab intestato oder iure substitutionis succediren[53]). Diese Strafe hat denn auch Kaiser Justinian sowohl überhaupt durch die Aufnahme der Verordnung des Kaisers Theodos II. in seinen Codex, als noch insonderheit in Ansehung der Mutter in seinen Institutionen[54]) bestätiget, in denen es heißt:

Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suae soboli consulere: sci-

51) S. *Pet.* RELANDI Fasti Consular. pag. 444. sq.

52) S. auch Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 239. S. 897.

53) Man vergleiche noch *Jan. a* COSTA Commentar. ad §. 6. J. de SCto Tertull. und von Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der Röm. Kaiser von Theodos II. und Valentinian III. bis auf Justinian. S. 31. f.

54) §. 6. *J. de SCto Tertull.*

turis eis, quod si tutores liberis non petierint, vel in locum remoti vel excusati intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repellentur.

Die Strafe des Gesetzes tritt nun ein, nicht nur, wenn die Erbittung nicht auf die gesetzmäßige Art, sondern auch wenn sie nicht binnen der gesetzlichen Frist geschehen ist. Von jener ist oben ausführlich gehandelt worden, es ist also nur noch von der letztern zu handeln übrig. Nach dem Gesetz des K. Severus scheint keine gewisse Zeit zur Petition bestimmt gewesen zu seyn. Es bestraft die Mutter, von welcher dasselbe nur allein spricht, mit dem Verlust der Intestaterbfolge in dem Vermögen ihrer unmündigen Kinder, wenn sie entweder gar keine tüchtigen Vormünder für sie erbeten, oder nachdem sich die erstern entschuldiget haben, oder verworfen worden sind, nicht sofort (*confestim*) andere in Vorschlag gebracht hat. Dieß ist der Inhalt der uns vom Modestin[55]) wörtlich aufbehaltenen Constitution des K. Severus, so wie ihn auch Ulpian[56]) referirt. Daß das *confestim* aber nicht gerade auf die Ernennung derjenigen Tutoren zu beschränken sey, welche an die Stelle der Excusirten oder Verworfenen von neuem in Vorschlag gebracht werden sollen, wenn es gleich nach der Folge der Worte nur bey diesen steht, sondern sich auf die Erbittung der Vormünder überhaupt beziehe, mithin auch derjenigen, die zuerst erbeten werden mußten, hat zwar keinen Zweifel, und ist zum Ueberfluß auch schon von Donellus[57]) be-

55) *L.* 2. §. 2. *in fin. D. h. t.*

56) *L.* 2. §. 23. *D. ad SCtum Tertull.*

57) Commentar. Lib. III. Cap. 8. §. 16.

merkt worden. Allein es fragt sich, was hier das Wort *confestim* für eine Bedeutung habe? Dieß erklärt uns **Ulpian**[58]), wenn er sagt:

Confestim autem sic erit accipiendum, *ubi primum potuit*, id est, Praetoris copiam habuit, huic rei *sedentis*[59]): nisi forte infirmitate impedita est, vel alia magna causa, quae etiam mandare eam ad petendos tutores impediret: ita tamen, *ut nullo modo annale tempus excederet*: si enim mortalitate filii praeventa est, nihil matri imputetur.

Nach dieser Erklärung war nun zwar schon eine **Jahres-Frist** gesetzt; allein nicht schlechthin, sondern nur als die äusserste Frist, welche nicht überschritten werden durfte. Das Wort *confestim* hatte also ursprünglich allerdings den Sinn, daß die Mutter die ihr aufgelegte Pflicht der petitio tutorum für ihre unmündigen Kinder **ungesäumt**, das heißt, sobald es ihr nur immer möglich war, erfüllen sollte. That sie es nicht, so mußte sie rechtmäßige Hinderungsgründe zu ihrer Entschuldigung anführen können, und zwar so wichtige, daß sie auch nicht

58) *L. 2. §. 43. D. ad SCtum Tertull.*

59) **Haloander** liest hier se dantis, vermuthlich, weil vom Prätor gesagt wird, *se dat* pro tribunali. *L. 2. §. 2. D. Quis ordo in possession. servet.* Allein **Ulpian** sagt auch, es gebe gewisse *dies sessionum*, quibus *sedit* quidem Praetor pro tribunali, sed se postulationibus non dedit. *L. 2. §. 1. et 2. D. eodem.* Hierauf beziehen sich die Worte des Rescripts: *huic rei sedentis*, wie auch *Jac.* Raevardus Protribunal. lib. sing. Cap. 1. (*Oper.* Tom. II. pag. 777.) bemerkt hat. Die florentinische Lesart bestärken auch die *Basilica* Tom. VI. pag. 16. welche προκαθεζομένου τοῦ πραίτορος haben.

einmal einem Andern den Auftrag, statt ihrer Vormünder zu erbitten, zu geben im Stande war. Nach Ablauf eines Jahres aber soll gar keine Entschuldigung mehr Statt finden, wenn sie auch bis dahin eine rechtmäßige Entschuldigungsursach gehabt hätte. Starb also der Pupill während des Jahres, so war die Mutter nicht entschuldiget, wenn sie bis dahin die Erbittung des Vormunds ohne rechtmäßige Ursache verzögert hatte. Arnold Vinnius [60]), und Ulrich Huber [61]) wollen behaupten, daß dieses noch jetzt bey der Mutter und Großmutter der Fall sey. Nur bey den übrigen Intestaterben sey das Jahr schlechthin bestimmt, wie aus der Verordnung des Kaisers Theodos II. [62]) erhelle, worin es, mit Hinweglassung aller vom Ulpian bey der Mutter angeführten Bestimmungen, heiße: Qui ad successionem vocantur pupilli mortui, si — tutorem ei secundum legem non petierint *intra annum* etc. Man sucht diese Ausnahme noch besonders damit zu rechtfertigen, daß man sagt, die mütterliche Liebe erfordere die vollkommenste Erfüllung der ihr aufgelegten Pflicht [63]).

Allein so wenig ich auch der Meinung derjenigen [64]) beypflichten kann, welche behaupten, daß die Jahresfrist bey der petitio tutorum erst durch die Verordnung des

60) Commentar. ad §. 6. J. de SCto Tertull.

61) Praelect. ad Pand. h. t. §. 1.

62) *L.* 10. *C. de legitim. heredib.*

63) *L.* 2. §. 42. *D. ad SCtum Tertull.*

64) Z. B. *Jac.* Cujacius Not. poster. ad §. 6. J. de SCto Tertull. dem auch *Jo. Jac.* Wissenbach Emblemat. Triboniani Cap. VI. pag. 128. (edit. *Heinecc.* Halae 1736. 8.) beystimmt.

K. Theodos II. eingeführt worden, und die *L.* 2. §. 43. *D. ad SCtum Tertull.* interpolirt sey; noch weniger aber mit Emund Merillius [65]) behaupten möchte, daß die Jahresfrist sich auf das Trauerjahr der Wittwen beziehe, während dessen die Kinder unter dem Schutz ihrer Mutter gestanden, damit sie nach dem Tode ihres Mannes nicht sogleich aus ihrer Umarmung gerissen werden möchten; denn beyde Meinungen hat schon Cornel. van Bynkershök [66]) ausführlich widerlegt, und die Aechtheit der angeführten Pandecten-Stelle vertheidiget; so glaube ich doch, daß durch die Constitution des K. Theodos II. die der Mutter vorgeschriebene unverweilte Petition, welche auch nicht einmal während dem Lauf des Jahres eine Verzögerung ohne rechtmäßige Entschuldigungsursache ungestraft ließ, nicht nur in Ansehung derselben, sondern auch in Ansehung aller übrigen Erben des Pupillen überhaupt auf ein Jahr festgesetzt worden, so daß nach dieser Milderung des ältern Rechts die damit verknüpfte Strafe der Ausschließung von der Erbschaft des Pupillen nur dann erst eintritt, wenn das volle Jahr, vom Tode des Vaters des Pupillen, oder von der Zeit an gerechnet, da der Verpflichtete ungehindert erbitten konnte, noch beym Leben des unmündigen Kindes verstrichen ist, ohne daß dem Gesetz ein Genüge geleistet worden. Denn daß das Jahr

65) Observation. Lib. I. Cap. 37. Ganz übereinstimmend mit Merillius ist *Jo.* Wybo in Diss. de Triboniano ab Emblematib. *Wissenbachii* liberato. Cap. VI. §. 5. pag. 349 sq. (edit. *Halens.*)

66) Observation. iuris Rom. Lib. VIII. cap. 16. Man vergleiche auch *Jo. Dan.* Ritter ad Novell. Theodosii II. 5. Not. g. (*Cod. Theodos.* Tom. VI. P. II. pag 19.)

der Mutter eben so gut, wie jedem andern Erben des Pupillen, zu statten komme, läßt die oben angeführte Stelle der Institutionen [67]) nicht bezweifeln. Ich theile diese Ansicht mit Hugo Donellus [68]) und Gerhard Noodt [69]).

Noch ist zu bemerken, daß wenn sich die Mutter durch Verabsäumung ihrer Pflicht der Erbschaft ihres Kindes unwürdig gemacht hat, der Nachlaß desselben nach einem Rescript der Kaiser Severus und Antoninus nicht an den Fiscus, sondern an die nächsten Intestaterben des Pupillen fallen soll, gleich als ob die Mutter gar nicht da gewesen wäre. Das Rescript selbst führt Ulpian [70]) an. Er sagt: Videndum est, matre prohibita ius suum vindicare, utrum ceteros admittamus, atque si mater non esset: an ipsam heredem dicimus fieri, vel aliud nomen successionis induere, sed denegamus ei actiones [71])? Et invenimus

67) §. 6. *J. de SCto Tertull.*

68) Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 8. §. 17.

69) Commentar. ad Dig. h. t. §. Vult igitur in fin. pag. 556.

70) *L.* 2. §. 47. *D. ad SCtum Tertull.* S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 3.

71) Die Interpunction ist hier fast in allen Ausgaben unrichtig, auch in den neuesten, der Gebauer-Spangenbergischen, und Beckischen steht das Fragezeichen nach dem Wort induere. In der Taurellischen findet sich hingegen gar kein Fragzeichen. Allein der ganze Zusammenhang lehrt, daß hier das Fragzeichen ganz am unrechten Orte steht, welches vielmehr nach den Worten: *Sed denegamus ei actiones*, seinen Platz ein-

rescriptum ab Imperatore nostro ANTONINO Augusto, et *Divo patre eius*, Mammiae Maximinae pridie Idus Apriles, PLAUTIANO iterum Consule, *matre remota, eos admitti, qui venirent, si mater non fuisset, ergo et adgnati ceterique succedent, aut, si nemo sit, bona vacabunt.*

Da jedoch nach dem neuern Rechte dieselbe Pflicht, welche die Verordnung des K. Severus blos der Mutter aufgelegt hatte, allen sowohl Intestaterben, als Pupillar-Substituten des in der Unmündigkeit verstorbenen Kindes obliegt [72]), so darf jetzt auch der an die Stelle der pflichtvergessenen Mutter tretende nächste Intestaterbe sich nicht einer gleichen Pflicht-Verletzung schuldig gemacht haben, wenn er sich seines Rechts zur Erbfolge des Pupillen nicht ebenfalls verlustig machen will [73]).

nehmen muß, wie auch schon POTHIER Pandect. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XVIII. Not. g. bemerkt hat. Denn die Frage ist hier die, ob der Mutter, welche ihren unmündigen Kindern keinen Tutor erbeten hat, die Erbschaft derselben gar nicht deferirt werde, sondern die nächsten Intestaterben den Kindern succediren, eben so, als wenn die Mutter gar nicht da wäre; oder ob ihr zwar die Erbschaft, oder die Bonorum possessio deferirt werde, aber die erbschaftlichen Klagen zu versagen wären, so daß sie zwar dem Namen, aber nicht der Wirkung nach Erbin sey? Ulpian bezieht sich, statt der Entscheidung, auf das angeführte Rescript.

72) *L.* 10. *C. de legitim. heredib.*

73) S. DONELLUS Comm. c. l. §. 37. und besonders *Ant.* MERENDA Controvers. iuris. Lib. XXIV. Cap. 4. §. 1 — 4.

§. 1325.

Wenn fällt die Strafe weg?

Die Civilgesetze haben jedoch mehrere Fälle ausgenommen, in welchen die mit der Vernachlässigung der Pflicht zur Erbittung von Vormündern verknüpfte Strafe nicht zur Anwendung kommen soll. Zwar sprechen diese Gesetze namentlich nur von Entschuldigungs-Gründen der Mutter, weil dieser ursprünglich die Pflicht der Erbittung nur allein oblag, daher die Römischen Rechtsgelehrten derselben auch nur bey Gelegenheit des Tertullianischen Senatus-Consultums gedenken [74]), als wodurch die Mutter zur Intestaterbschaft ihrer Kinder gerufen wurde. Da jedoch das neuere Römische Recht die künftigen Erben des Mündels überhaupt, sie mögen Intestaterben, oder Pupillar-Substituten seyn, zur Erbittung von Vormündern für den Pupillen eben so, wie die Mutter selbst, verpflichtet; so hat es wohl keinen Zweifel, daß auch ihnen dieselben Entschuldigungsgründe zu statten kommen müssen, welche die Gesetze in Ansehung der Mutter gebilliget haben [75]). Die Strafe fällt also weg

I. aus Gründen, die sich **auf die Person des Verpflichteten** beziehen. Dahin gehören folgende.

74) *L.* 2. §. 26. 27. 43. 44. 45. *D. ad SCtum Tertull. L.* 2. *C. Si adversus delict. L.* 8. *C. Qui pet. tutor.* S. Donellus Comm. Lib. III. Cap. 8. §. 20 — 25. und *Jo. Rud.* Engau Diss. de poenis in tutore petendo negligentium. *Jenae* 1748. §. IX.

75) S. Lauterbach Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 3 et 4. *Jul. Frid.* Malblanc Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 663. pag. 770. und Hufeland's Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1613.

1) Wenn der Verpflichtete ohne seine Schuld verhindert worden; z. B. durch Krankheit, oder eine andere wichtige Ursache, welche ihn sogar auch nicht erlaubte, einem Andern zur Erbittung den Auftrag zu geben [76]. 2) Wenn unverschuldete Zufälle die Erbittung vereitelten [77]. 3) Wenn ihm ein Anderer, ohne daß er selbst zauderte, zuvorgekommen ist [78]. 4) Wenn die Mutter, oder der nächste Erbe des Pupillen selbst noch minderjährig ist [79]. 5) Wenn

76) *L.* 2. § 43. *D. ad SCtum Tertull.* S. Montanus Cap. XVIII. nr. 33 — 35.

77) *L.* 8. *Cod. h. t.* Impp. Dioclet. et Maximian. Cum a matribus sedulum petendi tutoris officium exigatur, nec fortuiti casus impedimentis adscribantur, (nämlich wenn es der Mutter möglich war, die Erbittung, woran sie selbst durch Zufall gehindert wurde, durch einen Stellvertreter verrichten zu lassen) proponasque procuratorem, qui ad petendum pupillo tutorem a matre fuerat constitutus, a latronibus interfectum, petitionem ex necessitate demoratum esse: ab hereditatis successione matrem repelli, cuius nullum vitium intercessisse asseris, perquam durum est. S. Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Exposita. und Pothier Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XIII. Not. c.

78) *L.* 2. §. 27. *D. ad SCt. Tertull.* Ulpian. Sed si forte absens a libertis praeventa est, vel ab aliis: dicendum est eam non excludi: nisi forte, cum frustraretur, id contigit.

79) *L.* 2. *Cod. Si advers. delictum.* (II. 35.) Impp. Dioclet. et Maxim. Licet in delictis aetate neminem excusari constet: matri tamen, quae filiis tutorem aetatis lubrico lapsa non petiit, eorum minime denegari successionem convenit: cum hoc in maioribus matribus tantum obtineat. Viele wollen dieses nach den

der Vater die Mutter ihres gemeinschaftlichen Kindes zur Erbin eingesetzt, und dieselbe, mit Erlassung der sonst gewöhnlichen Caution, gebeten hat, die Erbschaft dem Kinde, nach erreichter Pubertät, zu restituiren. Hier fällt die Strafe weg, wenn die Mutter dem Kinde keinen Vormund erbeten hat. Sie wird entschuldiget, weil sie den Willen des Vaters befolgte. Ein Anders wäre, wenn ihr der Vater die Caution nicht erlassen hätte [80]). Denn alsdann hätte schon deswegen das Kind Vormünder haben müssen, weil diese Caution, an welche sich dasselbe nun halten konnte, zu seinem Vermögen gehörte [81]). Es giebt nun auch noch

Worten des Gesetzes noch jetzt blos auf die Mutter beschränken. S. Lauterbach Colleg. Pand. h. t. §. 3. Malblanc Princip. iuris Rom. c. l. §. 663. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. §. 417. a. E. (der 3. Aufl.) u. a. Allein man sehe *L.* 108. *D. de div. Reg. iur.* und *L.* 1. *Cod. Si adv. delictum*, und vergleiche Montanus Cap. VIII. nr. 43. et 44. besonders *Ant.* Merenda Controversiar. iuris Lib. XXIV. Cap. 4. §. 20 — 22. *Jo.* Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 3. *Franc.* Duarenus in Tit. 35. Lib. II. Cod. Si advers. delictum. (*Opp.* pag. 103. sqq.) und *Jac.* Gothofredi Commentar. in L. 108. D. de div. Regg. iuris. pag. 465. sqq.

80) *L.* 2. §. 46. *D. ad SCtum Tertull.* Et si forte quis uxorem, communis filii matrem, heredem scripsit, rogavitque, remissa etiam satisdatione, ut filio puberi facto restitueret hereditatem, nec mater ei petiit tutores: debet dici, cessare constitutionem, cum patris voluntatem secuta sit, et nihil habenti filio tutores non petierit. Quod si ei remissa satisdatio non fuerit, contra erit: quoniam vel propter hoc debuit tutores habere.

81) S. Donellus Commentar. c. l. §. 24.

II. Gründe, aus welchen die Strafe der vernachlässigten petitio tutorum nicht eintreten soll, nämlich solche, die sich auf die Person des Pupillen beziehen. Dahin gehören folgende. 1) Wenn der Pupill zu der Zeit, da ihm ein Vormund erbeten werden sollte, ohne alles Vermögen [82]), oder verschuldet und insolvent war, und in dem letzten Falle die Erbittung eines Vormundes darum unterblieb, damit der Pupill nicht von den Gläubigern beunruhiget werden möchte [83]). 2) Wenn die Unterlassung der petitio geschahe, um dem Pupillen einen Vortheil zu verschaffen, welcher den etwa daraus entstandenen Schaden weit überwiegt [84]). Z. B. um dem Pupillen ein sehr bedeutendes Legat zu erhalten, welches ihm unter der Bedingung hinterlassen worden, wenn er keine Vormünder haben wird [85]). 3) Wenn der Pupill schon

82) *L.* 2. §. 26. *D. ad SCt. Tertull.* Ulp. Quod si *penitus egenis filiis* non petit, ignoscendum est ei.

83) *L.* 2. §. 45. *D. eodem.* Ego, etiamsi mater ei, *qui solvendo non erit*, non petiit tutorem, puto ignoscendum; consuluit enim ei, ut minus inquietetur, quasi indefensus. S. Montanus Cap. XVIII. nr. 36.

84) S. Noodt Commentar. ad Dig. h. t. §. Exposita. pag. 557.

85) *L.* 2. §. 44. *D. eod.* Tractari belle potest, si pupillo amplum legatum sub conditione sit relictum: *si tutores non habuerit*, et propterea ei mater non petierit, ne conditione deficeretur, an Constitutio cesset? *Et puto cessare, si damnum minus sit cumulo legati:* quod et in magistratibus municipalibus tractatur apud Tertyllianum; et putat, dandam in eos actionem, quatenus plus esset in damno, quam in legato, nisi forte quis putet, conditionem hanc, quasi utilitati publicae oppugnantem, remittendam, ut alias pleras-

mit einem tüchtigen Vormund versehen war, z. B. es war ein gültig vom Vater ernannter testamentarischer, oder ein gesetzlicher Vormund vorhanden[86]. 4) Wenn beym Abgange eines oder des andern der schon bestellten Vormünder die Erbittung neuer Vormünder an deren Stelle

que: aut verba cavillatus imputaverit matri, cur curatores non petierit: finge autem plenius conditionem conscriptam: (e. g. *Si nec tutores nec curatores habuerit*) nonne erit matri ignoscendum? Aut hoc imputatur matri, cur non desideravit a Principe conditionem remitti? Et puto, non esse imputandum. Ulpian gedenkt hier des Tertullianus, oder, wie er ihn eigentlich nennt, des Tertyllianus, aus dessen Schriften nur wenige Fragmente in die Pandecten aufgenommen sind. Wäre es der in der christlichen Kirche bekannte Qu. Septimius Florens Tertullianus, der unter Septimius Severus und Caracalla lebte, so hat er freylich seine meiste Zeit auf theologische Schriften verwendet, von denen *Jo. Aug.* Nösselt in Disp. de vera aetate ac doctrina scriptorum, quae supersunt, Q. Septimii Florentis Tertulliani. *Halae* rec. 1768. 4. ausführlich gehandelt hat. In welchem Buche er die hier von Ulpian aufgeworfene Frage erörtert hat, wird nicht gesagt, vermuthlich in seinen libris Quaestionum, aus denen, an der Zahl 8, nur zwey Fragmente in den Pandecten stehen. *L.* 27. *D. de Legg.* und *L.* 28. *D. de acq. vel amitt. poss.* S. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. B. 1. Abth. §. 99.

86) *L.* 9. *C. h. t.* Impp. Dioclet. *et* Maxim. Cum iure habenti tutorem tutor dari non possit: intelligis, matrem non officium pietatis in petendo tutore deseruisse, sed iure munitam, merito filio suo tutorem non postulare. S. Noodt Comm. h. t. §. Exposita. pag. 557. und Donellus o. l. §. 23.

unterblieb, weil die übrigen zur Verwaltung der Vormundschaft noch vollkommen hinreichend waren[87]). 5) Wenn der Pupill vor Ablauf des Jahres stirbt, oder 6) erst nach erreichter Mündigkeit gestorben ist. Das Letztere ist zwar ausser Zweifel, wie aus einer Verordnung des Kaisers Constantius erhellet. Es ist die *L.* 5. *Cod. ad Senatusconsult. Tertull.* (VI. 56.) worin es heißt.

Matres, quae *puberes* amiserunt filios, licet impuberibus eis tutores non petierint, praescriptione tamen non petiti tutoris ad excludendam eorum successionem, minime debere praescribi[88]) certum est.

Daß dieses jedoch nicht blos den Müttern zum Trost gesagt ist, sondern allen Erben des Pupillen zu statten kommt, erhellet aus der neuern Verordnung des Kaisers Theodos *II.* nämlich der *L.* 10. *C. de legitim. heredib.* deren schon mehrmals gedacht worden ist, in welcher die Worte: successionem eius, *si impubes moritur*, denegandam esse, besonders merkwürdig sind. Warum soll aber hier nicht dieselbe Strafe Statt finden? Wie kann die erreichte Pubertät des Kindes das gegen dasselbe begangene Unrecht wieder gut machen? Donell[89]) antwortet, man habe hier nicht blos auf das Delict allein, sondern zugleich auf die Person Rücksicht genommen, gegen welche dasselbe begangen worden. Nun habe die Mutter

87) *L.* 4. §. 2. *D. h. t.* S. die Not. 59. S. 81.

88) *Praescriptione non petiti tutoris praescribi* heißt hier soviel als, exceptione non petiti tutoris submoveri, repelli. S. Brissonius de Verbor. iuris Signif. voc. *Praescriptio.*

89) Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 8. §. 28.

nur ihrem unmündigen Kinde keinen Vormund erbeten, und hierdurch nur das unmündige Kind beleidiget, nicht das mündige, dem sie einen Vormund zu erbitten nicht verpflichtet war. Es sey also billig, daß sie nur von der Erbschaft desjenigen ausgeschlossen werde, gegen den sie sich vergangen hat. Allein der wahre Grund scheint vielmehr der zu seyn. Hat der Pupill die Mündigkeit erreicht, so hat er nun auch die Fähigkeit erlangt, ein Testament zu machen. Da nun derselbe über sein Vermögen selbst auf den Todes-Fall verfügen kann, so überlassen es die Gesetze billig seiner eigenen Gesinnung gegen diejenigen, welche während seiner Unmündigkeit ihre Pflicht gegen ihn verletzten, ob und in wiefern er das gegen ihn begangene Unrecht ahnden will. Stirbt er nun dennoch ohne Testament, so wird billig angenommen, er habe ihnen die Beleidigung verziehen [90]).

Allein streitiger ist es, ob die Strafe auch dann wegfalle, wenn der Pupill vor Ablauf des Jahres stirbt, binnen welchem ihm der Vormund erbeten werden mußte? Mehrere [91]) wollen dieses läugnen. Allein da das neuere Röm. Recht zur Erbittung überhaupt eine Jahresfrist gesetzt hat [92]); so muß diese dem Verpflichteten zu statten kommen, so lange sie noch nicht verstrichen ist [93]); und

90) S. Noodt Comm. h. t. §. *Postremo* in fin. Montanus Cap. XVIII. nr. 30. *Conr.* Rittershusius Comment. ad §. 6. J. de SCto. Tertull. und Lauterbach Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 3.

91) *Reinh.* Bachov und *Arn.* Vinnius in Comment. ad §. 6. Inst. de SCto Tertull. u. a. m. S. oben S. 117.

92) §. 6. *J. de SCto Tertull. L.* 10. *C. de legitim. heredib.*

93) Diese Meinung scheint auch Theophilus *in Paraphr. graec.* §. 6. *J. de SCto Tertull.* zu bestätigen, wo es

zur Erbittung eines Vormundes noch immer Zeit genug übrig war, als der Pupill starb [94]).

Man pflegt zu den Ausnahmen auch noch die zu rechnen, wenn der Verpflichtete für einen Verschwender erklärt ist, und selbst unter der Curatel steht. Den Grund leitet man theils aus einer Stelle Ulpians her, welcher *L.* 7. §. 4. *D. Quibus ex causis in possession. eatur* sagt: Adeo autem latitatio animum et affectum latitantis se desiderat, ut recte dictum sit, furiosum hinc venditionem pati non posse: quia non se occultat, qui suus non est, theils setzt man ihn darin, daß solche Vergehungen, die in einem bloßen Unterlassen einer schuldigen Handlung bestehen, überhaupt den Verschwendern nicht imputirt würden [95]). Allein da nur in Sachen, welche die ihnen entzogene Verwaltung des Vermögens betreffen, ihr Wille nicht als ein freyer, intellectueller Wille ange-

heißt: *εἰ δὲ ῥαθυμήσουσιν αἱ μητέρες εἴσω τοῦ ἐνιαυτοῦ ἐπίτροπον αἰτῆσαι τοῖς πουπίλλοις, ἄνηβοι δὲ οὗτοι τελευτήσουσιν, οὐ κληρονομήσουσιν αὐτοὺς αἱ μητέρες· ἄτοπον γάρ ἐστιν ἀβοήθητον καταλιποῦσαν τὸν παῖδα, τῆς τούτου διαδοχῆς ἀπολαύειν.* i. e. *Si autem cessaverint matres intra annum pupillis tutorem petere, atque hi impuberes decesserint, matres iis non succedent: absurdum est enim, eam, quae filium sine auxilio reliquit, eius hereditate frui.*

94) S. Montanus Cap. XVIII. nr. 32. Müller ad *Struvii* Synt. J. C. Tom. II. Exercit. XXXI. Th. 32. Not. ζ. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 3. Engau Diss. de poenis in tutore petendo negligentium. §. 9. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1613. u. a. m.

95) S. Montanus Cap. XVIII. nr. 45.

sehen wird, und bloß in dieser Beziehung Verschwender den Wahnsinnigen gleich geachtet werden [96]; ausser diesen Bezug aber dieselbe, als mentis suae compotes, zu betrachten sind [97]: die Prodigalitäts-Erklärung auch eben so wenig von Erfüllung gesetzlicher Pflichten befreyet, als daran hindert; so läugnen Andere [98]) aus diesen Gründen, daß die Prodigalität gegen die Strafe der Nachläßigkeit entschuldige. Die Gründe für die erste Meinung sind nun zwar freylich nicht überzeugend. Denn die Stelle Ulpians gehört offenbar nicht hieher, da zwischen einem latitirenden Schuldner, und einem gerichtlich erklärten Verschwender ein großer Unterschied ist, und der Unterschied, den einige ältere Juristen bey der Imputation der Verbrechen eines Verschwenders zwischen Unterlassungs- und Begehungs-Verbrechen machen, ist ganz ungegründet [99]). Indessen ist eine Meinung darum nicht gleich zu verwerfen, weil sie schlecht bewiesen ist; sie kann deswegen doch andere Gründe für sich haben, die ihr den Vorzug gewähren. Wenn ich nicht sehr irre, so scheint dieß hier der Fall zu seyn. Man erwäge, 1) daß eine solche verschwenderische Lebensart, welche die Prodigalitäts-Erklärung zur Folge hat, gewöhn-

96) *L.* 40. *D. de Reg. iuris.* S. den 2. Th. dieses Commentars §. 117. b. S. 136. der 2. Aufl.

97) *L.* 12. §. 2. *D. de tutor. et curator. dat.*

98) S. *Ant.* Merenda Controvers. iuris Lib. XXIV. Cap. 4. nr. 24. (Tom. IV. P. II. pag. 41. der prachtvollen Ausgabe *Brüxellis* 1746. fol. maj.)

99) S. Fried. Hoppe Versuch einer syst. Bearbeitung der Lehre von juridischen Verschwendern. (Giessen und Darmstadt 1803. 8.) §. 16. S. 109 ff.

lich einen Leichtsinn verräth, der zur Wahrnehmung ernsthafter Gegenstände kaum einen Raum übrigläßt. Wie läßt sich also überhaupt von einem Prodigus erwarten, daß er sich um Erbittung der Vormünder bekümmern, und den Pflichten ein Genüge leisten werde, welche die Gesetze mit der petitio tutorum verknüpft haben? 2) Würde die Gesetzgebung mit sich selbst im Widerspruche stehen, wenn sie auf der einen Seite durch Anordnung einer Curatel für den Prodigus der fernern Verschwendung desselben Einhalt zu thun gesucht, und für die Erhaltung seines noch geretteten Vermögens gesorgt wissen, auf der andern Seite aber es geschehen lassen wollte, daß er sich durch Vernachläßigung einer ihm obliegenden Pflicht muthwillig um eine künftige Erbschaft sollte bringen können, wodurch die Verminderung seines Vermögens, die er durch seine verschwenderische Lebensart verursacht hat, wieder ergänzt, und dadurch sein Wohlstand wieder hergestellt werden könnte. Man strafe ihn mit dem Verluste der Erbschaft des Pupillen, für dessen Bevormundung er nicht pflichtmäßig gesorgt hat. Gewiß wird einen Prodigus, dem die Erhaltung seines eignen Vermögens so wenig am Herzen lag, daß ihm die Verwaltung desselben von der Obrigkeit entzogen werden mußte, die künftige Erbschaft eines unmündigen Verwandten noch weniger kümmern, um zur Erhaltung derselben seine Pflicht mit der strengen Treue zu erfüllen, als es die Gesetze, wie oben gezeigt worden, vorschreiben. Würde ihm also nicht zu einer neuen Verschwendung, selbst unter der Aufsicht des Curators, der Weg geöffnet werden? Es gilt hier dem Verlust eines Rechts auf eine künftige Erbschaft. Dieses Recht gehört zu seinem Vermögen, über welches ihm keine Verfügung zusteht. Es tritt also hier der Fall ein, wo dem Prodigus aller Wille

in den Gesetzen ausgesprochen, und derselbe dem Wahnsinnigen gleichgestellt wird[100]).

Uebrigens ist noch im Allgemeinen zu bemerken, daß wenn der Verpflichtete die Vormundschaft über das unmündige Kind selbst übernimmt, und solche auch zu führen fähig ist, die Nothwendigkeit der petitio tutorum wegfällt, und folglich auch keine Strafe wegen Verabsäumung Statt finden kann. Dieß gilt nach dem neuern Rechte auch jetzt von der Mutter, während dieselbe früher, da sie nicht Vormünderin seyn konnte, wenn ihr auch selbst vom Vater die Tutel in seinem Testamente war übertragen worden[1]), unbedingt die Pflicht hatte, den Kindern Vormünder zu erbitten, indem es der Mutter nicht einmal zur Entschuldigung gereichte, wenn sie den Kindern darum keinen Vormund erbeten hatte, weil es ihr vom Vater verboten war, um die Vormundschaft über die Kinder selbst zu führen[2]). Sie muß nur, wenn sie die Vormundschaft über die Kinder übernehmen will und kann, den ihr vorgeschriebenen gesetzlichen Bedingungen zuvor ein Genüge

100) *L. 40. D. de reg. iur.* Furiosi, vel eius, *cui bonis interdictum* est, nulla voluntas est. S. *Jacob.* Gothofredi Commentar. ad h. L. und Hofacker Principia iur. civ. T. I. §. 249.

1) *L. 26. pr. D. de testam. tut.* Man verbinde damit noch die *L. ult. D. de tutelis.*

2) *L. 2. §. 25. D. ad SCtum Tertull.* Quid, si pater ei peti prohibuerat tutorem, quoniam per matrem rem eorum administrari voluit? Incidet, si nec petat, nec legitime tutelam administret. Es ist lächerlich, wenn Wissenbach in Emblemat. Triboniani. Cap. VI. p. 107. diese Stelle wegen der *Nov. CXVIII.* für interpolirt hält. *Jo.* Wybo in Tribon. defenso Cap. VI. §. 4. pag. 349. hat ihn deshalb mit Recht widerlegt.

thun [3]), und auch die Vormundschaft zum Nutzen der Kinder wirklich verwalten [4]).

Es fragt sich endlich noch, ob die Mutter auch dann entschuldiget sey, wenn ein Pupillar-Substitut vorhanden ist, welcher dieselbe von der Erbfolge des Kindes ausschließt, und dieser seine Pflicht vernachläßiget hat? Die Frage ist sehr streitig. Bartolus [5]) spricht für die Mutter. Donellus [6]) hingegen hat ihn ausführlich zu widerlegen gesucht. Er glaubt, beyden liege die Pflicht ob, für die Bevormundung des unmündigen Kindes zu sorgen, Keiner dürfe sich hier auf den Andern verlassen, Keiner werde durch die Nachlässigkeit des Andern entschuldiget. Denn werde auch die Mutter wegen des Substituten noch nicht zur Erbfolge gerufen, so sey sie doch Mutter, und als Mutter verpflichtet, aus Liebe gegen ihr Kind für dessen Bevormundung zu sorgen. Ich glaube, es muß hier vor allen Dingen ein Unterschied gemacht werden, ob die Mutter wußte, daß ein Substitut vorhanden sey, oder nicht. Der letzte Fall ist leicht möglich. Wie wenn der Vater die Vorsichtsmaßregel des Kaisers Justinian [7]) befolgt, und den Theil seines Testaments, welcher die Pupillar-Substitution enthält, besonders versiegelt, und in seinem Testamente verordnet hätte, daß diese versiegelte Beylage seines Testaments bey Lebzeiten des Kindes, und

3) *Nov.* 118. *Cap.* 5. S. Carpzov Jurispr. for. P. II. Constit. XI. Definit. 14.

4) S. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gem. Civilrechts. 2. B. §. 417. S. 116. der 3. Aufl.

5) Ad L. 2. D. Qui pet. tutor.

6) Comment. de iure civ. Lib. III. Cap. 8. §. 40. et 41.

7) §. 3. *J. de pupill. substitut.*

so lange dasselbe noch unmündig ist, nicht geöffnet werden solle? Beyspiele davon finden wir selbst in den Pandecten [8]). Wie wenn hier die Mutter, von der Pupillar-Substitution selbst nichts wissend, weder die Vormundschaft über das Kind selbst übernommen, noch sich um die Bestellung eines Vormunds für das Kind bekümmert hätte, und der Substitut noch vor dem Pupillen verstorben wäre? Würde man hier wohl einiges Bedenken finden, die nachläßige Mutter der Erbschaft des Kindes für unwürdig zu erklären? Weiß aber die Mutter, daß ein Pupillar-Substitut vorhanden ist, so glaube ich nicht, daß sie ihm vorzugreifen verbunden sey. Denn da die Mutter zunächst von der Erbschaft ihres Kindes durch den Substituten ausgeschlossen ist; so hat auch dieser unstreitig die nächste Pflicht auf sich, für die Bevormundung des Kindes zu sorgen, weil ihn erst der Verlust der Erbschaft treffen muß, ehe die Mutter das Kind beerben kann. Nun ist ja der Verlust der Erbschaft mit der vernachläßigten Pflicht der Petition unmittelbar verbunden. Indessen würde es der Mutter allerdings zu imputiren seyn, wenn der Substitut die Erfüllung seiner Pflicht zum Nachtheil des Kindes, ungebührlich verzögerte, und die Mutter nicht ins Mittel getreten wäre [9]).

Die gegen die Strafe der unterlassenen petitio tutorum schützende Entschuldigungsgründe können endlich

8) *L. ult. D. ad SCtum Trebell. L. ult. D. de fideicomm. libertat.* und *L.* 8. *D. Testam. quemadm. aperiant.*

9) Mit mir stimmen überein *Reinh.* Bachov Notae et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. VIII. Lit. C. Verbb. *Quaero an idem?* p. 445. und *Jo. Christoph* Franck in Probl. iurid. de successione liberorum etc. Cap. V. §. 7. S. unten Not. 12.

mündigkeit verstorbenen Kindes ausgeschlossen werden. Denn das Recht der Enterbung hänge mit der Intestaterbfolge auf das genaueste zusammen. Wegen welcher Culpa also die Mutter nicht kann enterbt werden, wegen derselben könnten sie auch die Gesetze nicht von der Intestaterbfolge ausschließen. Nun will Justinian keine Enterbung der Mutter wegen vernachlässigter Erbittung der Vormünder gestatten, denn er habe dieser Ursach unter den von ihm gesetzlich bestimmten Enterbungsursachen nicht gedacht; er habe also hiermit auch die Ausschließung der Mutter von der Intestaterbfolge in diesem Falle stillschweigend aufgehoben, weil es einen offenbaren Widerspruch enthalte, ja gegen alle Vernunft und Rechtsphilosophie streite, daß Einem wegen einer vernachläßigten Pflicht eine Erbschaft von den Gesetzen entrissen werden könne, welche ihm doch der Beleidigte zu hinterlassen genöthigt ist, wenn sein Testament nicht als pflichtwidrig erscheinen, und als ein solches angefochten werden soll. Daß vielmehr die Ausschließung von der Intestaterbfolge mit der Enterbung gleichen Schritt halte, erhelle daraus offenbar, weil unter den vielen Ursachen, aus welchen Kinder und Eltern rechtmäßig enterbt werden können, keine einzige erwähnt werde, wegen welcher sie die Erbschaft ab intestato entbehren müßten, wegen deren sie nicht auch im Testament enterbt werden könnten.

Man muß gestehen, daß diese Gründe bedeutender sind, als jene ersteren, welche auch nur bey einiger Prüfung sofort als unhaltbar erscheinen. Schon längst vor Justinian hatten es die christlichen Kaiser der Mutter erlaubt, die Vormundschaft über ihre unmündigen Kinder zu übernehmen. Man erinnere sich an die schon oben vorgekommene Verordnung der Kaiser Valentinian und Theo-

dos[14]) Nach einer Verordnung des Kaisers Justinian[15]) konnte die Mutter sogar Vormünderin ihrer unehelichen Kinder werden, und dennoch nahm Justinian die Verordnungen seiner christlichen Vorgänger in seinen Codex auf, welche die Mutter wegen vernachlässigter petitio tutorum von der Intestaterbfolge ihres unmündigen Kindes ausschließen, wenn dasselbe nämlich in der Unmündigkeit verstorben ist. Sodann aber ist auch die Vermuthung für die Mutter, daß sie als gesetzliche Vormünderin den Kindern keinen Vormund erbeten habe, ein offenbarer Irrwahn. Denn die Mutter darf sich ja der Vormundschaft ihrer Kinder gar nicht eher unterziehen, als bis sie den gesetzlichen Bedingungen, welche in dem Verzicht auf die zweyte Ehe, und das Vellejanische Senatusconsultum bestehen, ein Genüge geleistet hat. Wie endlich, wenn ein testamentarischer Vormund vorhanden ist, gesetzt, er wäre auch nur auf eine unvollkommene Art bestellt? Hier kann ja die Mutter gar nicht einmal Vormünderin werden, sondern die Gesetze machen es ihr zur Pflicht, für die obrigkeitliche Bestätigung des testamentarischen Vormundes zu sorgen, und bestrafen sie, wenn sie diese Pflicht verabsäumt eben so, als ob sie den Kindern Vormünder zu erbitten ganz unterlassen hätte[16]). Mehr Wahrscheinlichkeit haben nun zwar freylich die letztern Gründe für sich, aber auch diese halten die Prüfung nicht aus. Es wäre freylich ein ungeheuerer Widerspruch, gleich dem, von welchem Horaz sagt:

Humano capiti cervicem pictor equinam
Jungere si velit, etc.

14) *L. 2. C. Quando mulier tutelae officio.* (V. 35.)
15) *L. 3. C. eodem.*
16) *L. 4. pr. D. h. t.*

wenn die Gesetze die Mutter von der Intestaterbschaft ihres Sohnes, welcher nach erreichter Mündigkeit starb, wegen vernachlässigter Erbittung eines Vormundes, hätten ausschließen wollen, ohne demselben zu erlauben, die Mutter deswegen zu enterben. Denn Wen die Gesetze für unwürdig halten, mir ab intestato zu succediren, Den muß auch ich in meinem Testamente enterben können. Ein solcher Widerspruch ist ja aber hier gar nicht vorhanden. Denn sobald das Kind die Mündigkeit erreicht hat, wo es nun selbst zu testiren fähig ist, schließen ja die Gesetze die Mutter nicht mehr von der Intestaterbschaft desselben aus. Die Verordnung des Kaisers Constantius [17]) sagt es deutlich genug:

Matres, quae *puberes* amiserunt filios, *licet impuberibus eis tutores non petierunt*, praescriptione tamen *non petiti tutoris* ad excludendam eorum successionem, minime debere praescribi, certum est.

Allein ganz verschieden davon ist der Fall, wenn das Kind in der Unmündigkeit stirbt, wo dasselbe zu testiren unfähig war. Dieß ist der Fall, wo die Gesetze [18]), die nachlässige Mutter von der Erbfolge des Kindes ausschließen. Und dieses Recht ist durch die Novelle 115. weder ausdrücklich noch stillschweigend aufgehoben worden. Denn die Nov. 115. Kap. 4. geht blos Kinder an, welche die Fähigkeit haben, ein Testament zu errichten. Man hat also hier offenbar zwey ganz verschiedene Fälle mit einander vermischt [19]).

17) *L. 3. Cod. ad SCtum Tertull.*

18) §. 6. *J. de SCto Tertull.* und *L. 6. C. ad. SCt. Tertull.*

19) S. *Car. Frid.* Walch Introd. in controvers. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 13. (pag. 97. *edit. tert.*)

Ich bemerke hierbey nur noch Folgendes. Kann gleich nach dem Novellenrecht eine Mutter wegen vernachlässigter Sorge für die Bevormundung ihres Kindes nicht mehr von demselben rechtmäßig enterbt werden, so kann doch das testirende Kind derselben seine Empfindlichkeit auf andere Art fühlen lassen, wofern nicht kindliche Liebe und Ehrfurcht gegen die Mutter ihm das nun nicht mehr zu Aendernde zu vergessen befiehlt; z. B. wenn es der Mutter blos den Pflichttheil aussetzt, mit welchem sie sich dann begnügen muß [20]).

§. 1327.

Heutiger Gebrauch dieses Titels.

Ob die Verordnungen des Römischen Rechts, welche in diesem Titel erklärt worden sind, noch h. z. T. gelten, ist ebenfalls sehr streitig. Mehrere angesehene Rechtsgelehrten [21]) läugnen den heutigen Gebrauch derselben. Ihre

Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 303. S. 562. ff. Thibaut System 1. B. §. 510 und Adolph Diet. Weber's Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1326. Dieser Meinung ist auch Hellfeld.

20) S. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. §. 510. Not. c.

21) *Jo. Pet. de* Ludewig Different. iuris Rom. et Germ. in Attiliana tutela. Differ. X. Not. tt. *Jo. Gottl.* Heineccius Diss. de suprema Princip. et Magistrat. tutela. §. XXV. (in *Opusc. varior. Syll.* pag. 718.) *Jo. God.* Schaumburg Compend. iuris Dig. P. II. h. t. §. 2. pag. 135. *Jo. Rud.* Engau Diss. de poenis in tutore petendo negligentium. §. XII. sqq. Heinr. Ferd. Christ. Fr. von Lyncker Abhandl. von der Vormundschaftsbestellung. 1. Th. §. 14. S. 38. f. Mittermaier Grundſ. des allgemeinen deutsch. Privatrechts. §. 369. Not. 60. u. a.

Gründe sind, weil allen Obrigkeiten durch die deutschen Reichsgesetze [22]) zur besondern Pflicht gemacht werde, für die Bevormundung der Pupillen und Minderjährigen zu sorgen, jeder Richter sey also schon von Amts wegen Vormünder zu bestellen verpflichtet, ohne erst die Bitte der Mutter, und Anverwandten abzuwarten. Die besondern Landesgesetze und statutarischen Rechte hätten sogar auf die Vernachlässigung dieser richterlichen Pflicht Strafen gesetzt, wenigstens ziehe die Verabsäumung derselben immer die Verbindlichkeit zur Entschädigung der Pupillen nach sich. Weil jedoch auch h. z. T. die Richter nicht immer wissen könnten, wo Pupillen und Minderjährige sich befinden, welche der Vormünder bedürfen; so hätten zwar auch die besondern Landesgesetze nicht nur den Verwandten derselben, sondern sogar auch andern Personen, z. B. den Nachbarn, Predigern, Gemeindevorstehern, Zunftältesten, und andern Mitbürgern, die mit dem Vater der Pupillen in näherer Verbindung standen, zur Pflicht gemacht, der Obrigkeit davon Nachricht zu geben, und die Anordnung der Vormundschaften zu betreiben [23]); aber doch nur unter Androhung willkürlicher Strafen, wenn sie die ihnen auferlegte Pflicht verabsäumen, oder sie sollen wenigstens den Pflegbefohlnen für allen dadurch erlittenen Schaden haften [24]). Eine der römischen ähnliche Strafe des Verlusts der Erbfolge sey hingegen nicht darauf gesetzt, welches auch die Beschaffenheit der deutschen Gesetze, nach welchen die Mütter mehrentheils in der Gemeinschaft der Güter mit den

22) Reichs-Policey-Ordnung vom J. 1548. Tit. 31. §. 1. und vom J. 1577. Tit. 32. §. 1.

23) S. Engau cit. Diss. §. XVI.

24) Engau cit. Diss. §. XVII.

Kindern leben, nicht minder eine von der väterlichen wenig unterschiedene Gewalt über die Kinder ausüben, nicht füglich zulasse [25]). Hierzu komme noch, daß auch zur Erfüllung der zur Pflicht gemachten Anzeige insgemein eine weit kürzere Frist, als jene römische, z. B. von 4 oder 6 Wochen, gesetzt sey, mit welcher sich die Härte der römischen Privationsstrafe nicht wohl vereinigen lasse.

Allein, dieser Gründe ungeachtet, streiten dennoch die meisten sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrten [26]) für den heutigen Gebrauch des Römischen Rechts, und zwar mit Recht. Denn da das Römische Recht einmal als ein subsidiäres Recht von den Deutschen angenommen ist, so streitet auch für den Gebrauch desselben in den vorkommenden einzelnen Fällen so lange die Vermuthung, bis ein abänderndes Gesetz oder Gewohnheitsrecht nachgewiesen werden kann. Nun läßt sich ein derogirendes Reichsgesetz nicht erweisen, und es kann auch eine Aufhebung des Röm. Rechts, welche ohnehin nie vermuthet wird, daraus nicht gefolgert werden, daß die Obrigkeit nach den deutschen

25) S. von Lyncker a. a. O. S. 37.

26) Carpzov Jurispr. for. P. II. Const. XI. Def. 15. und *Eiusd.* Decision. P. III. Decis. 286. nr. 9. et 10. *Jo.* Philippi Us. Pract. Institut. Justin. Lib. III. Tit. 3. Ecclog. 21. *Sam.* Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 1. et 2. *J. H.* Boehmer Consultat. et Decision. Tom. II. P. II. Resp. 860. Qu. III. nr. 14. et 15. *Ulr.* Huber Praelect. ad Pand. h. t. nr. 2. *Jo. Joach.* Schoepffer Synops. Pand. h. t. nr. 3. *Jul. Frid.* Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 663. in fin. pag. 771. Thibaut System. des Pand. Rechts. 1. B. §. 510. a. E. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1613. Not. 1. Dabelow Handbuch des Pand. Rechts. 3. Th. §. 303. S. 562. u. a. m.

Reichsgesetzen schon von Amts wegen, und unaufgerufen, Vormünder zu bestellen verpflichtet ist. Denn dazu waren auch schon die Römischen Obrigkeiten ausnahmsweise verpflichtet, wie oben ausführlicher gezeigt worden ist [27]), und dennoch legten sie der Mutter und nächsten Erben des Pupillen die Pflicht zur Erbittung der Vormünder auf. Beydes kann also neben einander bestehen. Daß die Mutter h. z. T. insgemein die Vormundschaft über ihre Kinder selbst übernimmt, macht zwar den Gebrauch des Römischen Rechts jetzt seltner, hebt ihn aber nicht auf, so wie er auch dadurch nicht verschwindet, daß in den deutschen Landesgesetzen und Statuten, ausser den nächsten Verwandten, auch noch andern Personen zur Pflicht gemacht worden ist, für die Bevormundung der Unmündigen Sorge zu tragen. In mehreren deutschen Landesgesetzen, ist freylich die Strafe des Röm. Rechts in eine gelindere verwandelt worden, welche nach Befinden der Umstände bald nur in einem öffentlichen Verweise, bald in einer fiskalischen Geldstrafe [28]),

27) S. §. 1323. S. 93. f. Man sehe noch *Henr.* Hahn Observat. th. pract. ad *Wesenbecium* P. II. h. t. Nr. I. und Franck Diss. cit. de success. liberor. matri in tut. ipsis petendo negligenti hod. iure non adim. Cap. II. §. 8. Der Scholiast in den *Basilic.* Tom. III. pag. 585. Sch. 9. führt noch die *L.* 11. *C. de compensat.* an, man sehe aber Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 520. Not. 14.

28) Z. B. die Fürstl. Sächs. Gothaische Landes-Ordn. Beyfügg. Th. 3. Nr. 5. §. 6. S. 208. Altenburgische L. O. Th. 3. Nr. 13. §. 6. S. 626. Ch. Sächsische Vormundschafts-Ordnung Kap. 2. §. 1. Allgem. Oesterreichisches Civil-Gesetzbuch 1. Th. 4. Hptst. §. 189. u. Lübisches Stadt R. B. I. Tit. 7. Art. 12.

nebst dem Ersatz des dem Pupillen dadurch verursachten Nachtheils [29]), bald, und zwar insonderheit bey der Mutter, in dem Verlust alles Anspruchs auf die Vormundschaft besteht [30]). Aber noch weit mehrere Landes- und Stadtgesetze bestätigen die Strafe des Röm. Rechts, bald bey der Mutter allein [31]), bald auch bey den übrigen Verwandten [32]).

29) Z. B. *Cod. Maximil. Bavaricus civ.* 1. Th. 7. Kap. §. 8. und allgem. Preußisches Land R. 2. Th. Tit. 18. §. 93. u. 94. §. 97 — 99. und §. 105.

30) Allg. Preuß. Land R. 2. Th. Tit. 18. §. 101. u. 102.

31) Bald nur die Strafe der *L. 6. C. ad SCtum Tertull.* wenn die Mutter, welche die Tutel über ihre unmündigen Kinder übernommen, zur zweyten Ehe schreitet, ehe sie ihnen andere Vormünder erbeten, und diesen Rechnung abgelegt hatte. S. z. B. der Stadt Frankfurt erneuerte Reformation vom J. 1578. 7. Th. 2. Tit. §. 6. Ostfriesisch Land-Recht. 2. B. Kap. 222. Zellisches Stadtrecht. Tit. 20. §. 3. u. 4. Bald die Strafe der *L. 2. § 2. D. h. t.* und §. 6. *J. de SCto Tertull.* wenn die Mutter, welche die Vormundschaft über ihre unmündigen Kinder selbst nicht übernehmen will, denselben Vormünder zu erbitten verabsäumt. S. der Kais. Fr. Reichsstadt Aachen Vormünder und Versorger Ordnung vom. J. 1574. (in H. von Ludolff *Collect. Statutor.* pag. 569.) Statuten der Stadt Worms v. J. 1507. Th. I. B. 4. Tit. 6. Chur-Mainzische Untergerichts-Ordnung. fol. XVII. u. Jülich und Bergische Rechtsordnung §. Wiewohl. f. 39.

32) S. z. B. des Stifts Wirzburg und Herzogthums zu Franken Kaiserl. Landgerichts-Ordnung vom J. 1733. 3. Th. Tit. 8. §. 12. (in *de* Ludolff *Collect. Statutor.* pag. 130. sq.) und die Mecklenburgische Policey-Ordnung vom J. 1572.

Und daß auch nach dem Römischen Rechte gesprochen worden, beweisen die in den Schriften der alten practischen Juristen vorkommenden Erkenntnisse [33].

§. 1327. a.

Noch einige Fälle, wo auch Andere, ausser der Mutter und künftigen Erben des Pupillen, zur Erbittung der Vormünder rechtlich genöthiget sind.

Zur Ergänzung dieses Titels ist nöthig, noch einige Fälle hinzuzufügen, wo Personen, die keine künftigen Erben des Pupillen sind, doch für die Bestellung von Vormündern sorgen müssen, wenn ihnen die Unterlassung nicht zum Nachtheil gereichen soll. Dahin gehört 1) der Vormund selbst. Dieser ist nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze verpflichtet, seinen Pflegbefohlnen, nachdem derselbe die Mündigkeit erreicht hat, zu erinnern, daß er sich einen Curator erbitte, dem er Rechnung ablegen könne. Es wird diese Pflicht noch zum Amt des Vormunds gerechnet. Daher trägt der Vormund noch solange die Gefahr. Um also durch Ablegung der Rechnung von dieser Gefahr befreyt zu werden, kann er selbst, wenn der Pflegbefohlne mit der Erbittung des Curators zögert, bey der Obrigkeit um die Bestellung desselben bitten. Ist der Vormund selbst hierin saumselig, so haftet er dem Peflgbefohlnen für allen daraus entstandenen Nachtheil mit der actio

Tit. von Vormundschaften. §. 3. auch das Rostockische Stadtrecht. Th. 1. Tit. VII. §. 5. und 7. (S. Martini Vormundschaftslehre besonders nach dem Mecklenb. Rechte. S. 7. Not. *). Noch mehrere Beyspiele führt Engau cit. Diss. §. XVIII. an.

33) S. Carpzov, Philippi, und Boehmer ll. citt. not. 26.

tutelae [34]). Denn die Amtspflicht des Vormundes endiget sich nicht eher, als bis ein Curator bestellt ist, auf den alsdann die Gefahr übergeht, wie Callistratus *libro IV. de Cognitionibus* [35]) mit einem Rescript der Kaiser Marcus und Commodus bestätiget. 2) Auch die Erben eines verstorbenen Vormundes müssen um die Anordnung eines neuen Vormunds bitten, oder sonst die Zinsen für das ungenützt gebliebene Geld des Mündels vergüten [36]).

§. 1327. b.

Zweyter Theil dieses Titels: ubi petantur tutores?

Der zweyte Theil dieses Titels betrifft die Frage, wo die Erbittung der Vormünder anzubringen sey? Unser Titel enthält davon nichts. Vermuthlich weil sich die Frage aus dem vorigen Titel von selbst beantwortet. Man kann daher mit Donellus [37]) ohne Bedenken den Satz aufstellen, die Erbittung muß bey dem Richter geschehen, welcher Vormünder zu bestellen autorisirt ist. Denn wozu geschieht die Erbittung, als um Vormünder in Vorschlag zu bringen, welche den Unmündigen, die deren be-

34) *L.* 5. §. 5. *D. de administrat. et peric. tutor. L.* 7. *Cod. Qui pet. tutor.* Montanus Cap. XVIII. nr. 26 — 28.

35) *L.* 33. §. 1. *D. de administr. et peric. tutor.*

36) *L.* 7. §. 13. *D. eodem.* Ulpian. *Lib. XXXV. ad Edictum.* Pecuniae, quae in arca fuit, etiam heredes curatoris tamdiu usuras praestabunt, quamdiu non interpellaverint, ut loco defuncti curator constituatur. S. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1612. a. E.

37) Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 8. §. 14. (Vol. II. pag. 90. edit. *noviss. Norimb.* 1805.)

nöthiget sind, von der Obrigkeit gesetzt werden? Die Verordnung des Kaisers Severus, wodurch zuerst der Mutter die Pflicht Vormünder für ihre unmündige Kinder zu erbitten, war aufgelegt worden, so wie sie uns Modestin *L. 2. §. 2. in fin. D. h. t.* wörtlich aufgezeichnet hat, und Ulpian ihren Inhalt *L. 2. §. 23. D. ad SCtum Tertull.* referirt, sagt wörtlich davon nichts. Gleichwohl wirft Ulpian daselbst die Frage auf: *Sed a quo non petierit?* und beantwortet sie so:

Loquitur quidem *de Praetore* constitutio, sed puto et in provinciis locum habere, etiam si a magistratibus municipalibus non petat, quoniam et magistratibus municipalibus dandi necessitas iniungitur.

Nach dieser Erläuterung muß also doch die Constitution vom Prätor gesprochen haben. Es ist daher höchst wahrscheinlich, daß die Worte derselben so gelautet haben: et ideo, quae mater *a Praetore* vel non petierit tutores idoneos filiis suis, etc. die hier unterschiedenen Worte aber, da sie die Competenz der vormundschaftlichen Obrigkeit zu sehr beschränkten, nachdem dieselbe schon in dem vorigen Titel hinlänglich war bestimmt worden, von den Verfassern der Pandecten als überflüssig weggelassen worden sind, wie auch Donellus muthmaßt. Mit Recht konnte daher Ulpian sagen, wenn gleich die Constitution blos vom Prätor spricht, so sey sie doch deswegen nicht auf Rom allein zu beschränken, sondern erstrecke sich auch auf die Provinzen. Eine Mutter könne sich daher nicht entschuldigen, welche bey einer Municipal-Obrigkeit keinen Vormund erbeten habe, weil auch einer solchen die Pflicht obliege, Vormünder anzuordnen[38]). Denn Rechtsirrthum gereicht

38) *L. 3. D. de tutorib. et curator. datis.*

der Mutter zu keiner Entschuldigung [39]), wenn sich's von der Vernachlässigung einer Pflicht handelt, zu deren Erfüllung sie schon mütterliche Liebe und Sorgfalt für das Wohl ihrer Kinder aufforderte [40]).

Die Lücke dieses Titels ergänzt hauptsächlich die *L. un. Cod. Ubi petantur tutores vel curatores,* (V. 32.) eine Verordnung vom Kaiser Antoninus, vermöge welcher die Obrigkeit des väterlichen Wohnorts, oder des Orts, wo das Vermögen des zu bevormundenden Pupillen sich befindet, die Vormünder ernennen soll. Liegen die Güter sehr zerstreut, so können auch verschiedene Vormünder gesetzt werden, wie Hermogenian *libro II. iuris Epitomarum* [41]) sagt: Pupillo, qui tam Romae, quam in provincia facultates habet, rerum, quae sunt Romae, Praetor, provincialium Praeses tutorem dare potest.

39) *L. ult. C. Qui pet. tutor.*

40) *L. 6. et 9. Cod. eodem.* S. Donellus c. l. §. 27.

41) *L. 27. pr. D. de tutorib. et curatorib. dat.* Man verbinde damit die *L. 21. §. 2. D. de Excusat.* und vergleiche *Jos.* Finestres *et* de Monsalvo Commentar. in Hermogeniani libros Epitomar. ad h. L. pag. 552. sqq.

Lib. XXVI. Tit. VII.

De administratione et periculo tutorum et curatorum, qui gesserunt, vel non, et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus.

§. 1328.

Antritt der Vormundschaft. Verbindlichkeit zur Uebernehmung. Folgen der Säumung. Erfordernisse der wirklichen Antretung [42]).

Es ist bisher gezeigt worden, auf welche Art und in welcher Ordnung die Vormundschaft deferirt werde. Wir haben auch gesehen, welche Personen zur obrigkeitlichen Vormundschafts-Anordnung Veranlassung geben können, und welche zur Betreibung derselben verpflichtet sind. Worin besteht nun aber die Wirkung der Delation einer Vormundschaft? Sie berechtiget nicht gleich zur wirklichen Antretung derselben, sondern giebt nur ein Recht, oder erzeugt blos eine Pflicht zur Uebernehmung, sofern weder eine Unfähigkeit im Wege steht, noch eine Excusation geltend gemacht wird. Wem also eine Vormundschaft angetragen

42) Man vergleiche vorzüglich Montanus de iure tutelar. et curation. Cap. XXXII. pag. 295 — 366. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 9. 10. 11. et 12. und *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. (*Opp.* Tom. II. pag. 558 — 561.)

wird, gleichviel, aus welchem Grunde, hat, sofern er dazu nicht unfähig ist, als Bürger die Pflicht auf sich, dieselbe zu übernehmen, wenn er nicht gültige Entschuldigungsgründe hat, welche er jedoch binnen der vorgeschriebenen Zeit geltend machen muß [43]). Denn die Vormundschaft ist, wie schon oben [44]) erklärt worden, ein munus publicum [45]). Sobald also der Vormund erfahren hat, daß er auf eine gültige Art zum Vormund bestellt sey, und dieß soll ihm, wenn er abwesend ist, nach einem Rescript des Divus Marcus, dessen Paulus *libro singulari de Cognitionibus* [46]) gedenkt, binnen 30 Tagen von derjenigen Obrigkeit gemeldet werden, die ihn zum Vormund bestellt hat; muß er die Vormundschaft ungesäumt übernehmen. Zögert er ohne rechtmäßigen Grund; so trägt er die Gefahr der Schadloshaltung, als wäre er schon angestellter Vormund; und weigert er sich, die Vormundschaft zu übernehmen, so kann er von der Obrigkeit durch Zwangsmittel, und zwar zu jeder Zeit, sogar wenn es darauf ankommt, an einem Feyertage, genöthiget werden. Dieß ist es, was gleich der Eingang dieses Titels lehrt, welcher mit folgender Stelle Ulpians anhebt. Sie ist

43) Davon Lib. XXVII. Tit. 1. Die Verbindlichkeit fällt jedoch bey einem solchen Curator weg, welchen Jemand einer noch unter väterlicher Gewalt stehenden Person in Ansehung des Vermögens ernannt hat, was er demselben geschenkt oder hinterlassen hat. *Nov. CXVII. Cap.* 1. §. 1.

44) S. den 29 Th. §. 1299.

45) *L.* 1. §. 4. *D. de munerib. et honorib.* Donellus Lib. III. Cap. 9. §. 1.

46) *L. ult. D. de tutor. et curator. dat.*

aus Desselben *libro XXXV. ad Edictum*[47]) genommen, und lautet so.

Gerere atque administrare tutelam *extra ordinem*[48]) tutor cogi solet. §. 1. Ex quo scit, se tutorem datum, si cesset tutor, suo periculo cessat. Id enim a Divo MARCO constitutum est, ut, qui scit se tutorem datum, nec excusationem, si quam habet, allegat intra tempora praestituta, suo periculo cesset.

Eben dieser Ulpian sagt *libro III. de officio Consulis*[49]):

Si quis Magistratus in municipio creatus munere iniuncto fungi detrectet, per Praesidem munus agnoscere cogendus est remediis, quibus tutores quoque solent cogi ad munus, quod iniunctum est, agnoscendum.

Die prätorischen Zwangsmittel sind Geldstrafe und Auspfändung, (multae dictio, et pignoris captio)[50]).

47) *L. 1. pr. et §. 1. D. h. t.*

48) *Extra ordinem*, erklärt *Jac.* CUJACIUS in Recitation. Solemn. in Tit. XXXVII. Libri V. Cod. de administr. tutor. vel curator. so: quod nulla in eam rem prodita sit actio civilis vel praetoria, nulla actio ordinaria, qua compellantur ad administrationem, sed per Praetorem aut Praesidem, si cessent, coerceantur pignoribus captis, vel indicta mulcta. Die Leges *Atilia*, *Julia* et *Titia* enthielten von diesem Zwange noch nichts. §. 3. *J. de Atiliano. tut.* S. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 249. S. 942.

49) *L. 9. D. de munerib. et honorib.*

50) *L. 1. §. 3. D. de inspic. ventre §. 3. J. de satisdat. tutor.* S. NOODT Comm. ad Dig h. t. §. Superiori-

Die actio tutelae kann darum noch nicht Statt finden, weil die Tutel noch nicht übernommen war, jedoch wird eine actio utilis wegen der Schadloshaltung des Pupillen gestattet, wie ebenfalls Ulpian *libro LXXIX. ad Edictum* [51]) sagt:

Sed enim qui non gessit, omnino non tenebitur, (nam nec actio tutelae eum, qui non gessit, tenet) sed utili actione conveniendus est, quia suo periculo cessavit.

Erscheint der Vormund auf die an ihn ergangene gerichtliche Vorladung aus Ungehorsam nicht; so kann er bey fortgesetzter Hartnäckigkeit, d. h. wenn die richterlichen Zwangsmittel vergeblich versucht worden sind, als suspect entfernt werden, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 7. §. 3. D. de suspect. tutor. et curatorib. Ulpianus *libro I. de omnibus Tribunalibus.* Item si quis tutor datus non compareat, solet edictis evocari, novissimeque, si copiam sui non fecerit, ut suspectus removeri ob hoc ipsum, quod copiam sui non fecit. Quod et perraro, et diligenti habita inquisitione faciendum est.

L. 2. C. de suspect. tutor. vel curator. Imp. Antoninus A. Longino. Curatores quidem suo periculo, quando tardius ad eos tutela transfertur, cessant. Quod si in fraudem id esse factum existimas, suspectos eos postula. Qui si summoveri meruerint, in locum eorum alios accipies.

bus, und ad Tit. 1. Lib. XXVII. D. de Excusation. §. Alter modus. auch Smallenburg ad *Ant.* Schultingii Notas ad Dig. s. Pand. Tom. IV. h. t. ad L. 1. p. 416.

51) *L. 4. §. 3. D. Rem pupilli vel adolesc. salvam fore.* (XLVI. 6.)

L. 3. *C. eod.* (V. 43.) Imp. ALEXANDER A. Fortunatae. Praeses provinciae tutores filiorum tuorum, strictioribus remediis adhibitis, omnimodo administrationis officium compellet agnoscere. Quod si in eadem contumacia perseveraverint: suspectos postulare, ut alii in locum eorum petantur, non prohiberis.

Daß dieses Verfahren der Obrigkeit gegen ungehorsame Vormünder eben so, wie die Bestellung der Vormünder selbst [52]), zu jeder Zeit, sogar an Festtagen, zuläßig sey, ist durch ein Senatusconsultum auf die Oration des Kaisers Marcus eingeführt worden, wie Ulpian *libro V. ad Edictum* [53]) referirt.

Eadem oratione Divus MARCUS in Senatu recitata effecit, de aliis etiam speciebus Praetorem adiri *diebus feriatis:* utputa ut tutores aut curatores dentur, ut officii admoneantur cessantes, excusationes allegentur, etc.

Ist der Vormund nicht auf eine gültige Art ernannt, so ist keine Verbindlichkeit zur Uebernehmung der Vormundschaft vorhanden. Es findet daher weder Zwang, noch Verantwortlichkeit Statt, wenn sich der Vormund nicht bestätigen läßt [54]).

Da also bey einer gültig bestellten Vormundschaft die Verantwortlichkeit wegen vernachlässigter Administration

52) *L.* 8. §. 2. *D. de tutorib. et curator. dat.*

53) *L.* 2. *D. de feriis.* (II. 12.)

54) *L.* 40. *D. h. t.* *L.* 58. §. 2. *D. eodem.* *L.* 1. *C. de testam. tut.* (V. 28.) *L.* 1. *C. de confirm. tut.* (V. 29.) *L.* 32. *D. de Excusat.*

von dem Augenblick beginnt, da der Vormund die Vormundschaft zu übernehmen schuldig war; so entsteht die Frage, wenn diese Verbindlichkeit eintritt? Hierzu wird zweyerley erfordert; 1) daß die Vormundschaft wirklich deferirt sey, und 2) daß der Vormund von der ihm aufgetragenen Vormundschaft hinlängliche Wissenschaft erhalten habe. In Rücksicht des ersten Erfordernisses kommt es auf die Zeit der Delation an. Diese ist a) bey dem testamentarischen Vormunde der Augenblick, da das Testament durch Antretung der Erbschaft bestätigt worden ist[55]. b) Bey dem gesetzlichen, die Gewißheit von dem Tode des Vaters des Pupillen[56], c) bey dem Dativ-Vormunde aber der Augenblick der geschehenen obrigkeitlichen Berufung[57]. Ueberall wird jedoch vorausgesetzt, daß der Vormund von der ihm aufgetragenen Vormundschaft hinlängliche Kenntniß erhalten habe[58]. War es ihm von der Obrigkeit selbst bekannt gemacht worden, so hat es keinen Zweifel, daß er von dem Augenblick an die Gefahr der Schadloshaltung trage, da ihm der Richter anbefohlen hat, die Tutel zu übernehmen, wenn er mit Antretung derselben zaudern sollte, und er kann sich nun auf keine Weise mehr mit der Unwissenheit entschuldigen. Hierher gehört, was Pomponius *libro XVII. ad Sabinum*[59]) sagt:

55) *L.* 45. §. 1. *D. de excusat.* TRYPHONIN. Sed verum est, non ante esse tutorem, quam adita sit hereditas.

56) *L.* 6. *D. de legit. tut.*

57) *L.* 6. *C. de. excusat. tutor.* (V. 62.)

58) §. 16. *J. de excusat. tut. v. curat. L.* 6. *C. eodem.*

59) *L.* 17. *D. h. t.*

Qui iussus est ab eo, qui ius iubendi habet, tutelam gerere: si cessasset, ex quo iussus est; indemnem pupillum praestare debebit: non ex quo tutor esse coepit.

Ein solcher gerichtlicher Befehl oder Auftrag ist jedoch nicht immer nöthig, sondern es ist genug, wenn der Vormund, es sey auf welche Art es wolle, erfahren hat, daß er gültig und unbedingt zum Vormund bestellt worden sey, wie uns Ulpian *libro XXXV. ad Edictum* [60]) belehrt, wo er sagt:

Ex quo innotuit tutori, se tutorem esse, scire debet, periculum tutelae ad eum pertinere.

Innotescere autem qualiterqualiter sufficit, non utique testato eum conveniri. Nam etsi citra testationem, scilicet undecumque cognovit: nulla dubitatio est, quin debeat periculum ad ipsum respicere.

Die Wissenschaft des Vormunds hat übrigens im Zweifel der Pupill zu beweisen, wie ebenfalls Ulpian *libro XXXVI. ad Edictum* [61]) sagt.

Sollten jedoch solche Umstände in facto vorhanden seyn, welche die Wissenschaft des Vormundes wahrscheinlich machen, oder führt der Vormund solche Umstände zu seiner Entschuldigung an, welche in facto beruhen, z. B. er sey abwesend gewesen; so würde die Last der Beweisführung auf ihn zurückfallen. So ist wohl die Verordnung

60) *L.* 5. §. 10. *D. h. t.* Ueber die verschiedene Lesart dieser Stelle sehe man *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pandect. Tom. IV. pag. 419. und Smallenburg ad Eund. not. 2. et 3.

61) *L.* 6. *D. eodem.*

der Kaiser Diocletian und Maximian zu verstehen, wenn sie an den Sever rescribiren [62]):

Si tutor petitus, vel testamento datus, tutorem te constitutum esse, non ex remissioris negligentiae vitio, sed iustae ignorationis ratione non didicisti, idque liquidis probationibus ostenderis, periculo eius temporis, quod ignorante te transmissum est, non teneberis.

Soll nun aber der Vormund die übernommene Vormundschaft wirklich antreten; so wird dazu erfordert,

1) daß er durch ein obrigkeitliches Decret bestätiget werde. Nach dem Römischen Rechte ist zwar zur Antretung der Vormundschaft ein Decret der Obrigkeit nicht schlechterdings erforderlich. Paul Montanus [63]) ist freylich anderer Meinung. Er behauptet, auch nach dem Römischen Rechte dürfe sich kein Tutor die Verwaltung der Tutel eigenmächtig anmassen, sondern sie müsse ihm durch ein Decret der Obrigkeit übertragen werden, wenn er auch vom Vater des Pupillen in einem Testamente wäre ernannt worden, welches mit keinem Mangel in Ansehung der Gültigkeit behaftet ist. Nur bey der Mutter werde kein Deret erfordert, wenn sie die Vormundschaft über ihre Kinder führen wolle; weil dieser die Tutel ipso iure vom Gesetz übertragen werde. Allein diese Meinung

62) *L.* 5. *Cod. de periculo tutor. et curator.* (V. 38.) S. die Glosse zu dieser L. 5. und *Jo. Jac.* WISSENBACH Comment. in libros VII. prior. Cod. ad h. L. 5, p. 479. besonders *Jul.* PACIUS Εναντιοφανων s. Legg. conciliatar. Centur. V. Qu. 75. und POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXVIII. pag. 112.

63) Cap. XXXII. Reg. I. pag. 295. sq.

ist ganz ungegründet. Das Römische Recht erfordert nur in drey Fällen ein Decret, 1) wenn Vormünder im Testament nicht gültig bestellt worden sind, wovon schon in einem besondern Titel ausführlicher gehandelt worden. 2) Wenn die Obrigkeit den Vormund selbst gesetzt hat, und 3) wenn sie unter mehreren Mitvormündern einen ernannt hat, der die Vormundschaft ausschließlich verwalten soll [64]. Daß die Mutter sich ausnahmsweise der Tutel ihrer Kinder ohne Decret schon ipso iure unterziehen könne, ist vollends unrichtig, weil sie sich ja der Vormundschaft nicht eher unterziehen darf, als nachdem sie vor Gericht der zweyten Ehe und der Rechtswohlthat des Vellejanischen Senatusconsultums entsagt hat [65]).

Nach den deutschen Reichsgesetzen [66]) ist es indessen gewiß, daß sich Niemand der Vormundschaft eher unterziehen dürfe, als bis ihm die Verwaltung von der Obrigkeit übertragen worden ist. Alle Vormünder ohne Ausnahme, also auch die testamentarischen, wenn gleich ihre Ernennung von einem väterlichen Ascendenten der unmündigen Kinder auf eine nach den Vorschriften des Röm. Rechts vollkommen gültige Art geschehen ist, ferner die gesetzlichen, nicht minder die tutores honorarii, und notitiae causa dati, müssen daher durch ein obrigkeitliches Decret, d. h. durch einen richterlichen Beschluß, daß Jemand als Vormund anzustellen sey, bestätiget werden. Die dann in Folge desselben dem Vormunde zu seiner Legi-

64) *L. 3. pr. h. t.* Mühlenbruch Doctr. Pandect. Vol. II. §. 321.

65) *Nov. XCIV. Cap. 2. et Nov. CXVIII. cap. 5.*

66) Reichs-Pol.-Ordnung v. J. 1548. Tit. XXXI. §. 2. und v. J. 1577. Tit. XXXII. §. 2.

tination ausgefertigte Bestallung, wodurch die geschehene Anstellung desselben beurkundet wird, pflegt man das *tutorium* oder *curatorium* zu nennen [67]). Da schon oben [68]) ausführlicher davon gehandelt worden ist, so bemerke ich hier nur noch, daß dadurch der Grundsatz des römischen Rechts, nach welchem das periculum für den Vormund beginnt, sobald er Kenntniß von der ihm gültig deferirten Vormundschaft erhalten hat, nicht aufgehoben worden sey [69]). Daher muß der Vormund ungesäumt um seine Bestätigung bey der Obrigkeit nachsuchen.

§. 1329.

II. Beeidigung der Vormünder.

Der wirklichen Antretung der Vormundschaft, ja noch der Bestätigung selbst, wie Hellfeld sagt, muß II. die Beeidigung des Vormundes vorausgehen. Es gehört hierher aus dem Römischen Rechte die *Nov. LXXII. Cap.* 2. welche nach Hombergks Uebersetzung folgendermassen lautet:

Et in universum, si ei, qui iam curam gerit, minor obligetur, delata forte ad eum hereditate cuiusdam, qui minorem obligatum habuit, vel alia eiusmodi causa: non amplius illi soli impuberum vel minorum cura credatur, sed alius illi

67) S. Puchta Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen bürgerlichen Rechtssachen. 2. Th. §. 295.

68) S. den 29. Th. §. 1312. S. 305 — 314.

69) S. Stryk Us. mod. Pand. Vol. II. Lib. XXVI. Tit. 3. §. 5. Nr. IV. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. §. 419. und Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 321. in fin.

tutor vel curator adiungatur, (id quod in multis legum casibus invenimus) ut is observet, ne contra minorem, vel substantiam eius, ab illo, cui is obligatus est, dolosa quaedam machinatio interim fiat: sed hoc ipsum observet, et tam JUSJURANDUM, *quod, cum constitueretur, de his observandis praestitit*, quam et poenam respectu contutoris reformidet.

Man behauptet gewöhnlich, mit Beziehung auf diese Novelle, daß das Römische Recht den Eid nur bey den Curatoren der Minderjährigen vorgeschrieben habe[70]. Allein diese Meinung ist ganz ungegründet. Justinian spricht hier blos beyläufig von dem Eide, den Vormünder bey ihrer Anstellung schwören müssen, als einer bekannten Sache. Schon früher bestimmte Er in einer eigenen Constitution[71]) die Feyerlichkeit der Eidesleistung bey Gelegenheit der von dem Curator eines Wahnsinnigen zu leistenden Caution, nämlich so:

ut apud Praefectum urbi, in provincia autem apud Praesidem eius, praesente etiam tam viro religiosissimo locorum antistite, quam tribus primatibus[72]), et actis intervenientibus, *tactis sacrosanctis Evangeliis*, edicat, *omnia se recte et cum utilitate furiosi agere, et neque praetermittere ea,*

70) S. Stryk Us. Mod. Pand. Vol. II. h. t. §. 1. in fin. und Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 202.

71) *L. 7. §. 5. Cod. de curat. furiosi.* Man sehe auch *L. 27. C. de episcop. audientia.*

72) S. den 29. Th. des Commentars. S. 451.

quae utilia furioso esse putaverit, neque admittere, quae inutilia existimaverit.

Conrad Rittershus[73]) behauptet, durch diese Constitution sey der Vormundschaftseid vom Justinian zuerst, und also bey dem Curator furiosi eingeführt, und nachher durch die *Nov. LXXII. Cap.* 8. auf alle Tutoren und Curatoren ausgedehnt worden. Denn Justinian verordne daselbst ganz allgemein:

Volumus enim, ut facto decreto, quod curam illi concedit, *iusiurandum* etiam ei, qui ad eam accedit, divinis eloquiis tactis imponatur, quod quavis via utilitatem minoris procurabit: id quod illum rationibus aut ordine legis non eximet, sed ad securiorem rerum administrationem, et iurisiurandi recordatione circa eas religiosiorem reddet.

Allein da Justinian schon *Cap.* 2. dieser Novelle des Vormundschaftseides, als ganz bekannt, gedacht hatte, so kann er nicht erst Cap. 8. auf alle Tutoren und Curatoren seyn ausgedehnt worden, sondern Justinian spricht daselbst von dem besondern Falle, da das Vermögen des Pflegbefohlnen so gering ist, daß die Zinsen zu seinem und der Seinigen Unterhalt nicht hinreichen, und will nur, daß auch in diesem Falle der Vormund beym Antritt der Vormundschaft den Eid schwören solle, um das Vermögen seines Pflegbefohlnen desto gewissenhafter zu verwalten. Es scheint also der Vormundschaftseid viel früher, und ehe noch Justinian bey dem Curator eines Wahnsinnigen desselben gedachte, eingeführt zu seyn, so daß er vielleicht von Justinian nur auf den curator furiosi ist ange-

73) Jur. Justinian. P. VIII. Cap. 5. nr. 3. pag. 463.

wendet worden, bey welchem er, wenn der Curator vom Vater des Wahnsinnigen im Testament ernannt worden ist, die Stelle der Satisdation vertreten soll. Die Worte der *L. ult.* §. 5. *in fin. C. de curat. furiosi.* „*ad similitudinem tutorum et curatorum adulti*" scheinen mit darauf hinzudeuten, daß die Beeidigung bey den Tutoren und Curatoren der Minderjährigen schon früher üblich gewesen sey. Dem sey nun aber wie ihm wolle; so ist es ein offenbarer Irrthum, wenn man glaubt, Justinian habe in der *Nov. LXXII.* den Eid nur bey den Curatoren der Minderjährigen vorgeschrieben. Denn auch davon abgesehen, daß sich gar kein vernünftiger Grund einsehen läßt, warum die Tutoren der Pupillen nicht eben so gut, wie die Curatoren der Minderjährigen, hätten beeidiget werden sollen; so sagt es ja Justinian in der Präfation dieser Novelle deutlich genug, daß unter minores sowohl impuberes, als puberes zu verstehen sind, und selbst Cap. 2. nennt er sowohl impuberes und minores, als den tutor und curator ausdrücklich, daher werden die Ausdrücke *ἐπιτροπή*, *κηδεμονία*, *κουρατορία*, so wie *ἐπίτροπος*, *κηδεμὸν* und *κουράτωρ* von Justinian durchaus willkührlich und als gleichviel bedeutend gebraucht, wie auch Rittershus [74]) bemerkt hat.

Nach den Reichsgesetzen [75]) ist es ausser Zweifel,

74) Jur. Justinian. cit. P. VIII. Cap. 1. nr. 3. Man vergl. hier besonders den 29. Th. meines Commentars. §. 1301. S. 94. f. Mit mir stimmen hierin auch Konopak Institutionen des röm. Privatrechts §. 175. Not. a. S. 104. (der 2. Ausg. Jena 1824.) Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. §. 515. Not. r. und Mühlenbruch doctr. Pandectar. Vol. II. §. 321. überein.

75) Reichs-Pol.-Ordn. vom J. 1577. Tit. XXXII. §. 3.

daß jeder Vormund bey seiner Anstellung beeidiget werden muß. Er soll, wie es wörtlich heißt,

„mit Gelübden und Eyden beladen werden, daß er seinen Pflegkindern, und ihren Gütern, getreulich und ehrbarlich vorseyn, ihre Personen und Güter versehen und verwahren, die Güter nicht in seinen eignen Nutzen kehren oder wenden, noch dieselbigen ohne Vorwissen, Erkänntniß und Decret der Obrigkeit veräußern, verpfänden, oder beschweren; und jährlich nit allein auf Erforderung der Obrigkeit, sondern auch selbst vermög seines anbefohlnen Ampts, auch geleister Pflicht und Eyds, gebührlich Rechenschaft anbieten und thun, umb sein Verwaltung Rede und Antwort geben, und alles anders handeln, das einem getreuen Vormünder eignet und zustehet."

Heut zu Tage geschieht jedoch die Verpflichtung des Vormundes gewöhnlich nicht mehr mittelst eines förmlichen Eides, sondern man begnügt sich, statt des Eides, mit einem bloßen Handgelübde des Vormundes, wodurch er verspricht, daß er seinen vormundschaftlichen Pflichten getreulich nachkommen, und das Beste seines Pflegbefohlnen nach allen Kräften gewissenhaft befördern wolle [76]).

§. 1329. a.

III. Caution der Vormünder nach dem Römischen und Deutschen Rechte.

Damit das Vermögen der Pflegbefohlnen wegen künftiger Schadloshaltung vollkommen gedeckt seyn möge,

76) S. Lauterbach Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 13. Hofacker Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 651. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 7. B. §. 627. Lit. B. S. 155. a. E. Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 304. S. 566. und Puchta Handb. des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen bürgerlichen Rechtssachen. 2. Th. §. 295. Nr. 2. S. 389.

müssen Vormünder ferner III. noch eine besondere Sicherheit durch Bürgen leisten. Diese Caution heißt daher Satisdatio *rem pupilli vel adolescentis salvam fore*[77]). Justinian sagt in seinen Institutionen *Lib. I. Tit.* 24. *pr. de satisdatione tutorum vel curatorum*, welche Stelle aus den Institutionen des Gajus *Commentar. I.* §. 199. entlehnt ist, von dieser Sicherheitsleistung der Vormünder:

Ne tamen pupillorum pupillarumve, et eorum, qui quaeve in curatione sunt, *negotia*[78]) a curatoribus tutoribusve consumantur, vel deminuantur: *curet Praetor*, ut et tutores et curatores eo nomine satisdent.

Ob der Prätor die Caution der Vormünder in seinem Edict zuerst eingeführt, oder nur dafür gesorgt habe, daß sie von den Vormündern beygebracht werde, ist streitig. Ersteres behaupten diejenigen, welche, statt curet, die Lesart *curat* Praetor in der angeführten Stelle der Institutionen für die richtigere halten[79]). Diese Lesart, welche auch Fr. Bröus, Ev. Otto, Jan. a Costa, und unter den neuern Gebauer, und Beck haben, wird

77) S. *Lib.* XLVI. *Tit.* 6. *Dig.* und *L.* 7. *D. de fideiussorib. tutor. et curat.* (XXVII. 7.)

78) Theophilus hat πράγματα, welches Reitz durch res übersetzt. Das Wort *negotia*, oder *res* bezeichnet also hier das Vermögen derjenigen, welche unter der Vormundschaft stehen. Brissonius voc. *Negotium* hat diese Bedeutung nicht bemerkt.

79) S. *Franc.* Balduini Commentar. in Institut. ad pr. J. de Satisdat. tut. p. 133. und *Ant.* Contii Notae ad Institut. eod. tit. (*Oper.* pag. 642.)

nun zwar durch die wiederaufgefundenen Institutionen des Gajus allerdings bestätiget; dennoch bezeugen Cujaz [80]), Contius [81]) und Charondas [82]), daß in allen alten Handschriften *curet* Praetor gelesen werde, und daß auch so gelesen werden müsse, erhelle daraus, weil die Satisdation der Vormünder nicht aus dem Edict des Prätors, sondern aus den Constitutionen der Kaiser herrühre. So viel ist gewiß, daß Theophilus curet gelesen haben müsse. Denn er sagt in seiner Paraphrase: *αὕτη γὰρ μεγίστη τοῦ* Πραίτωρος *φροντίς. Haec enim summa Praetoris cura.* Es ist also wohl höchst wahrscheinlich, daß das curat bey Gajus von den Verfassern der Justin. Institutionen absichtlich in curet verwandelt worden sey, um damit die Pflicht des Prätors, an die auch gewiß nur Gajus dachte, desto genauer zu bezeichnen. Allein gerade deswegen, weil es Pflicht des Prätors war, die Vormünder zur Satisdation anzuhalten, scheint dieser Gegenstand in seinem Edict nicht unberührt geblieben zu seyn [83]). Denn Ulpian handelt von der Satisdation der Vormünder in seinen libris ad Edictum, wie die Inscription der *L.* 5. *D. de legitim. tutorib.* beweist, und in dem §. 1. sagt er:

Sed etiam hos (sc. *legitimos tutores*) COGI SATISDARE certum est, in tantum, ut etiam patronum et patroni filium, ceterosque liberos eius COGI *rem salvam fore* satisdare, plerisque videatur.

80) Notae ad Institut. tit. de satisdat. tutor.

81) Cit. loc.

82) Edit. Institution. *Antwerpiae* 1575. *f.*

83) S. *Car. Guil. Lud. de* WEYHE libri tres Edicti. (*Cellis Luneburg.* 1821. 5.) pag. 228. S. Not. 87.

Sodann gehört ja die Satisdatio: *rem pupilli vel adolescentis salvam fore*, zu den stipulationes praetoriae, und zwar zu denjenigen, welche man cautionales nennt, quae instar actionis habent, et ut sit nova actio intercedunt [84]). Daher haben Paulus, Ulpianus, und Gajus in ihren libris ad Edictum auch von dieser Stipulation oder Satisdation der Vormünder gehandelt, wie die Inscriptionen ihrer Fragmente in dem Titel der Pandecten: *Rem pupilli vel adolescentis salvam fore*, beweisen. Man kann daher in dieser Hinsicht gar wohl sagen, daß die Vormünder nach dem Edict des Prätors hätten Caution leisten müssen [85]). Joh.

84) *L.* 1. §. 2. *D. de stipulat. praet.* In den Institutionen §. 4. *de divisione stipulation.* (III. 18.) wird die Stipulatio *rem pupilli salvam fore* zu den communes stipulationes gerechnet: nam et *Praetor* JUBET rem salvam fore pupillo caveri, et interdum *iudex*, si aliter expediri haec res non potest. Die Stelle ist aus POMPONII *libro XXVI ad Sabinum* genommen, und ist *L.* 5. *pr. D. de Verb. obligat.* (XLV. 1.) Der iudex konnte dem Vormund die Caution auflegen, wenn der Tutor einen Schuldner des Pupillen belangte, und es ergab sich, daß er dem Pupillen noch keine Caution geleistet hatte. Hier konnte der Schuldner eine Exception davon hernehmen, und darauf antragen, daß der Tutor vor allen Dingen zur Cautionsleistung angehalten werde, und sie konnte ihm hier officio iudicis aufgelegt werden. S. THEOPHILUS *Paraphr. gr. ad* §. 4. *J. de divis. stipulat.* und *Arn.* VINNIUS Comm. ad §. eundem nr. 2.

85) S. Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterthüm. §. 426.

Ortwin Westenberg [86]) hat das Edict des Prätors auf folgende Art restituirt:

Rem pupilli vel adolescentis salvam fore, Tutorem vel Curatorem satisdare iubebo.

Noch vollständiger Carl Wilhelm Ludwig von Weyhe [87]):

Tutores curatores, quos ex edicto meo satisdare oportet, quive ad satisdationis clausulam provocaverint, pupillo, servo, eive, quem elegerim, satisdare repromittereve iubebo, rem pupilli vel adolescentis salvam fore cuiusque rei nomine, quae salva esse non possit, tantam pecuniam daturos, quanti ea res erit, iudicium dabo.

Daher erklärt sich auch, wenn die Kaiser Diocletian und Maximian [88]) von der Satisdatione tutorum *rem pupilli salvam fore*, SECUNDUM FORMAM EDICTI *interponenda*, sprechen.

Daß weder die Lex Atilia, noch die leges Titia und Julia, von welchen in dem Titel *de tutoribus et curatoribus datis* ausführlich gehandelt worden ist, von

86) Princip. iuris secund. ord. Dig. s. Pand. Lib. XLVI. Tit. 6. §. 2. Man sehe auch *Abr.* Wieling Fragmenta Edicti perpetui. pag. 336.

87) Libri tres Edicti perpetui, sive libri de origine fatisque iurisprudentiae Romanae, praesertim Edictorum Praetoris ac de forma Edicti perpetui. (*Cellis* 1821. 4.) pag. 289.

88) *L. 4. C. de tutore vel curatore qui satis non dedit.* (V. 42.) S. auch *Ev.* Otto Notae crit. et Commentar. ad Institut. Tit. de Satisdat. tutor. vel curator Not. a.

der Cautionsleistung der Vormünder etwas verordnet hätten, sagt uns Justinian in seinen Institutionen[89]. Die Pflicht der Satisdation bey den Vormündern scheint also damals noch unbekannt gewesen zu seyn. Sie verdankt daher ihre Entstehung wahrscheinlich der größern Sorgfalt der römischen Kaiser für die Pflegbefohlenen, aus welcher die spätern obrigkeitlichen Vormundschaften ebenfalls hervorgegangen sind, von denen Justinian am angeführten Orte handelt[90]). Franz Hotoman[91]) meint, der Kaiser Trajan habe zuerst die Cautionsleistung bey den Vormündern eingeführt. Allein die Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian[92]), welche er zum Beweise anführt, spricht nur von der zur Schadloshaltung der Pupillen eingeführten actio utilis gegen die magistratus municipales, welche die Vormünder ernannt haben. Diese ist durch einen auf den Vorschlag Trajans gemachten Senatsschluß den Pupillen in subsidium gegeben worden, wenn weder vom Vormunde, noch von seinen Bürgen Alles zu erhalten wäre[93]). Da sie das Daseyn von Bürgen bey Vormundschaften voraussetzt, so war die Satisdation der Vormünder gewiß schon vor Trajan bekannt[94]).

89) Lib. I. Tit. 20. § 3.

90) S. *Ev.* Otto Comment. cit. loco Princ. n. 2. und Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 249. S. 942.

91) Commentar. ad Institution. Tit. de Atiliano tutore §. 3. pag. 81. und Tit. de Satisdatione. tutor. pag. 90.

92) *L.* 5. *Cod. de magistratibus conveniendis* (V. 75.)

93) S. *Jo. Aug.* Bach. D. Trajanus. pag. 158. sq.

94) S. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 249. S. 943.

Warum die Caution gerade durch Bürgen geleistet werden mußte, da doch Pfänder mehr Sicherheit zu gewähren scheinen [95]), hat seinen Grund in der Natur der prätorischen Stipulationen, quae personas desiderant pro se intervenientium, wie Ulpian [96]) sagt, und daher neque pignoribus, neque pecuniae, vel auri vel argenti depositione, in vicem satisdationis, errichtet werden konnten. Hierzu kommt, daß Pfänder mit der Last sie zu verwahren verbunden, und auch mancherley Zufällen unterworfen sind [97]).

Die Satisdation erforderte nun zwar nach dem römischen Rechte die Feyerlichkeit der Stipulation [98]); waren jedoch die von dem Vormund ernannte Bürgen gegenwärtig, und ließen sich's gefallen, daß ihre Namen in die acta publica mit eingetragen wurden, so hafteten sie, wie man der Billigkeit wegen zu Gunsten der Mündel angenommen hatte, eben so, als wenn iure legitimo eine Stipulation wäre interponirt worden, wie Ulpian [99]) sagt. Wer sti-

95) §. 14. *J. de obligat. quae ex delicto nascuntur* (IV. 1.) Expedit creditori, pignori potius incumbere, quam *in personam* agere. Nun giebt die Satisdation nur ein persönliches Recht gegen den Bürgen, weshalb die actio ex stipulatu statt hat.

96) *L.* 7. *D. de stipulationib. praetor.* (XLVI. 5.)

97) S. *Ev.* Otto Commentar. ad pr. J. de Satisdat. tut. v. curat. nr. 5. und *Arn.* Vinnius Comment. eod.

98) *L.* 5. §. 1. *et* 2. *D. de Verb. obligat. L.* 4. §. 1. *D. Rem pupilli vel adolesc. salvam fore.*

99) *L.* 4. §. 3. *D. de fideiussor. tutor. et curator.* (XXVII. 7.) Ulpian. Fideiussores a tutoribus nominati si praesentes fuerunt, et non contradixerunt, et nomina sua

pulirte aber mit den Bürgen? Stipuliren konnte der Pupill selbst, wenn er gegenwärtig war; und reden, d. h. die Stipulationsformel aussprechen konnte, wenn er auch gleich das nicht verstand, was vorging [100]). War hingegen der Pupill abwesend, oder er konnte noch nicht deutlich sprechen; so konnte sein Sklave für ihn stipuliren, und er erwarb durch ihn eine actio ex stipulatu directa eben so, als ob er selbst stipulirt hätte [1]). Hatte der Pupill keinen Sklaven, so mußte ihm einer gekauft werden [2]). War dieses nicht möglich, oder rathsam; so mußte ein servus publicus stipuliren, oder es konnte auch der Magistrat

referri in acta publica passi sunt, aequum est, perinde teneri, atque si iure legitimo stipulatio interposita fuisset.

100) *L.* 1. §. 15. *D. de Magistrat. conveniend.* Ulp. Exigere autem cautionem Magistratus sic oportet, ut pupilli servus, aut ipse pupillus, si fari potest, et in praesentiarum est, stipuletur a tutoribus, item fideiussoribus eorum, rem salvam fore. — *L.* 6. *D. Rem pupilli vel adolescent. salvam fore.* Gajus. Servum pupilli stipulari ita necesse est, si pupillus abest, aut fari non potest. Nam si praesens est, et fari potest, *etiam si eius aetatis erit, ut non intelligat, quid agat*, tamen propter utilitatem receptum est, recte eum stipulari et agere. Man verbinde damit die *L.* 5. *D. de Reg. iuris.*

1) *L.* 2. *D. Rem. pup. vel adolesc. salv. fore.* Ulpian. Si pupillus absens sit, vel fari non possit, servus eius stipulabitur.

2) *L.* 2. *eodem.* Si servum non habeat, emendus ei servus est: sed si non sit, unde ematur, aut non sit expedita emtio, profecto dicemus, *servum publicum* apud Praetorem stipulari debere. —

selbst für ihn stipuliren [3]. Jedoch erwarb der Pupill in den beyden letzten Fällen nur eine utilis actio ex stipulatu [4]).

Die Satisdation soll nun nicht blos Sicherheit gewähren, daß das Vermögen des Pflegbefohlnen unvermindert bleibe; sondern daß der Vormund überhaupt alles das leisten werde, was er vermöge der Vormundschaft zu leisten hat. Daher sagt Neratius *libro LV. Membranarum* [5]). Cum rem salvam fore pupillo cavetur, committitur stipulatio, si, quod ex tutela dari fieri oportet, non praestetur. Nam *et si salva ei res sit, ob id non est, quia quod ex tutela dari fieri oportet, non solvitur.*

Denn so wie die actio ex stipulatu nur da Statt findet, wo die actio tutelae zulässig ist [6]), so haben auch beyde Klagen denselben Gegenstand und Zweck [7]). Quod enim in tutelae iudicium venit, sagt Pomponius *libro XV. ad Sabinum* [8]), hoc et ea stipulatione continetur.

3) *L.* 1. §. 15. *D. de magistr. conven.* Si nemo est, qui stipuletur, *servus publicus* stipulari debet, rem salvam fore pupillo, aut certe *ipse Magistratus.*

4) *L.* 1, §. 16. *D. de magist. conven.* Plane ubi *servus publicus*, vel *ipse magistratus* stipulatur, dicendum est, *utilem actionem* pupillo dandam. *L.* 4. *pr. D. Rem pup. salv.* Ulpian. Non quasi ipso iure pupillo acquirat, (neque enim acquirit) sed *utilis actio ex stipulatu* pupillo detur.

5) *L.* 11. *D. Rem pup. salv. fore.*

6) *L.* 1. *L.* 4. §. 6. *D. eod.*

7) *L.* 3. *D de fideiuss. et nominator. tutor. et curat.*,

8) *L.* 9. *in fin. D. Rem pupilli.* Man verbinde damit die *L.* 7. *C. Arbitrium tutelae* (V. 70.) wo die Kaiser

Der Satisdationspflicht sind nun zwar sowohl Tutoren als Curatoren unterworfen, und zwar letztere ohne Unterschied, sie mögen den Minderjährigen, oder Pupillen, erklärten Verschwendern oder Wahnsinnigen, oder auch andern gegeben worden seyn [9]); jedoch ist der Unterschied merkwürdig, daß bey den Tutoren die Stipulation erst nach beendigter Tutel gegen die Bürgen geltend gemacht werden kann [10]). Denn eher findet die actio tutelae gegen den Vormund nicht Statt [11]) und eher konnte also auch nicht aus der Satisdation actione ex stipulatu gegen den Bürgen geklagt werden [12]). Ganz anders ist es bey dem Curator. Hier kann aus der Stipulation gegen den Bürgen geklagt werden, auch während der Curator noch verwaltet [13]), weil die gegen den Curator zulässig gewordene actio utilis, welche weiter nichts, als eine actio negotiorum gestorum ist [14]),

8) Diocletian und Maximian rescribiren: Quidquid tutoris dolo, vel lata culpa, aut levi, seu curatoris, minores amiserint, vel cum possent, non acquisierint, hoc in tutelae, seu negotiorum gestorum utile iudicium venire, non est incerti iuris.

9) *L. 4. §. 8. D. Rem pup. v. adol. salv. fore.*

10) *L. 4. §. 4. D. eodem.* Hanc stipulationem placet *finita demum tutela* committi, et fideiussoribus diem exinde incipere cedere.

11) *L. 4. D. de tutelae et rationib. distrahend.* (XXVII. 3.)

12) *L. 1. D. Rem pupilli. L. 4. §. 6. D. eodem.*

13) *L. 4. §. 4. D. eodem.* In curatore aliud est. Itaque — conveniens est dicere, *statim ut quaeque res salva non esse coepisset*, committi stipulationem.

14) *L. 4. §. 3. L. 13. in fin. D. de tutelae et ration. distrah. L. 7. C. Arbitrium tut.* S. Not. 8.

auch während der Verwaltung angestellt werden kann [15]. Ja sie ist sogleich begründet, als der Pflegbefohlne einen erweislichen Schaden erlitten hat, und kann daher während der Curatel öfters angestellt werden [16].

Es mag jedoch der Tutor oder Curator die Satisdation geleistet haben, so wird immer vorausgesetzt, daß der Vormund verwaltet habe. Gegen den, qui non gessit, findet die actio tutelae nicht Statt, es kann daher auch der Bürge nicht actione ex stipulatu belangt werden [17].

15) *L.* 26. *D. h. t.* Cum curatore — etiam *manente administratione* agi potest. *L.* 4. §. 3. *D. de tutelae et ration. distrah.* Cum furiosi curatore non tutelae, sed *negotiorum gestorum actio* est: quae competit, *etiam dum negotia gerit*, quia non idem in hac actione, quod in tutelae actione, dum impubes est is, cuius tutela geritur, constitutum est. — *L.* 16. §. 1. *D. eodem.* Cum curatore pupilli sive adolescentis agi poterit, *et si usque adhuc cura perseveret.* Nur die Klage auf vollständige Rechnungsablegung hatte gegen den Curator eines Minderjährigen nicht eher Statt, als wenn das Amt desselben nach eingetretener Volljährigkeit des Curanden geendiget war. *L.* 2. *L.* 14. *C. de administr. tutor vel curat.* (V. 37.)

16) *L.* 4. §. 7. *D. Rem pupilli.* Illud secus, (sc. in *curatore*) quod haec stipulatio statim, *atque quid salvum esse desinit*, committitur, et fideiussoribus dies cedit, et in se *revolvitur* (i. e. saepius committitur, wie es die Glosse erklärt).

17) *L.* 4. §. 3. *D. Rem pupilli.* Sed enim qui non gessit, omnino non tenebitur, (nam nec actio tutelae eum, qui non gessit, tenet) sed utili actione conveniendus est, quia suo periculo cessavit, et tamen *ex stipulatu actione* neque ipse, neque fideiussores eius tenebuntur.

Eben dieses gilt auch vom Curator, si non gesserit curam [18]. Schon um deßhalb war daher der Vormund zur Verwaltung zu nöthigen, wie Ulpian [19] sagt, damit die Stipulation von Wirkung sey; so wie denn auch die Satisdation selbst, und zwar kaiserlichen Constitutionen zu Folge, durch Pfändung erzwungen werden konnte [20]. Ja bey beharrlichem Ungehorsam kann sogar der Vormund als suspect entfernt werden, und zwar, wenn Arglist oder böser Vorsatz dabey zum Grunde liegt, als infam, wie aus folgender Verordnung der Kaiser Valerianus und Gallienus erhellet:

L. 2. Cod. de tutore vel curatore, qui satis non dedit. (V. 42.) Eum tutorem, qui superest, si secundum Praesidis praeceptum et iuris formam satis non dat: removeri a tutela, si inopia hoc faciat, sine infamia: si fraude, etiam cum nota, aditus Rector provinciae iubebit, et in locum defunctorum [21]) alios idoneos substitui praecipiet: praeser-

18) *L. 4. §. 7. D. eod.* Si quis *curator* datus non gesserit curam, consequens erit dicere, stipulationem non committi.

19) *L. 4. §. 3. eod.* Compellendus igitur erit ad administrationem propterea, ut stipulatione quoque ipsa possit teneri.

20) *§. 3. J. de satisdat. tutor. vel curator.* S. Donellus Commentar. Lib. III. Cap. 11. §. 9.

21) Die Leseart defunctorum ist zwar nach der Glosse streitig. S. Dirksen civilist. Abhandlungen. 2. B. S. 455. Allein die Richtigkeit derselben bestätigen selbst die *Basilica Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 8. Const. XI.* pag. 112, welche zugleich als Paraphrase dienen können. Ἐὰν τῶν δοθέντων ἐπιτρόπων τινὲς ἐτελεύτησαν, εἰς

tim cum patrimonium pupilli nova hereditate auctum esse proponas.

Nach einer Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian sollen auch Vormünder, da wo Satisdation erforderlich ist, durchaus nicht eher administriren, als wenn sie vorher Caution geleistet haben. Sonst ist Alles, was sie gethan haben, nichtig [22]). Es ist die *L. 3. C. eiusd. tit.* welche folgenden Inhalts ist.

In dubium non venit, tutores, qui testamento dati non sunt, administrandi potestatem, nisi satisdatione emissa salvam tutelam fore, non habere. Si igitur tutor, qui pro tutelari officio non caverat, iudicio expertus est: adversus eum lata sententia iuri tuo officere non potuit: nec ea, quae ab eo gesta sunt, ullam firmitatem obtinent. Fru-

δὲ τυχὸν περίεστιν, οὐδὲ ὁ περιὼν ὀφείλει διοικεῖν, εἰ μὴ πρότερον παράσχῃ ἱκανοδοσίαν, εἰ δὲ μὴ παρέχει, ὡς ὕποπτος ἀποκινεῖται· ἢ χωρὶς ἀτιμίας, ἐὰν δι' ἀπορίαν μὴ δίδωσι τοὺς ἐγγυητάς· ἢ μετὰ ἀτιμίας, ἐὰν ἐπίτηδες μὴ δίδωσι. καὶ εἰς τόπον δὲ τῶν τελευτησάντων ἐπιτρόπων ἑτέρους ἐπιτρόπους ὁ ἄρχων ὀφείλει παρασχεῖν· μάλιστα ὅτε ηὐξήθη καὶ ἡ οὐσία διὰ καινῆς κληρονομίας. i. e. *Si datorum tutorum quidam decesserint, unus supersit, qui superest, non debet administrare, nisi prius satisdederit. Quod si non satisdederit, ut suspectus removetur, sine infamia, si inopia non satisdederit, cum infamia, si data opera satisdationem omiserit. Et in locum* DEFUNCTORUM *alios tutores Praeses debet dare, praesertim cum patrimonium pupilli nova hereditate auctum est.*

22) S. Donellus c. l. § ult.

stra igitur in integrum restitutionis auxilium desideras, quando ea, quae ab eo gesta sunt, ipso jure irrita sunt.

Dennoch ist nach dem Römischen Rechte die Pflicht der Vormünder zur Cautionsleistung nicht allgemein. Die testamentarischen, und die von der Obrigkeit *ex inquisitione* bestellten, sind davon frey [23]). Jene, weil sie vom Vater [24]), diese, weil sie von der Obrigkeit geprüft und tüchtig befunden worden sind [25]). Auch bestätigte Vormünder leisten keine Caution. Denn wurden sie wie testamentarische behandelt, so waren sie als solche, wurden sie aber als obrigkeitlich bestellte angesehen, so waren sie, als ex inquisitione dati, von der Satisdation befreiet [26]). Hingegen waren zur Cautionsleistung verpflichtet solche Vormünder, welche sine inquisitione von Municipal-Obrigkeiten waren bestellt worden, und diese magistratus machten sich verantwortlich, wenn sie die Vormünder nicht zur Satisdation angehalten hatten [27]). Vorzüglich aber lag sie den legitimis ob [28]), aber doch auch nicht immer.

23) *L. 17. pr. D. de testam. tut.* Gajus *Instit. Comment. I. §. 200. Pr. J. de satisdat. tutor. vel curator.*

24) *L. 7. §. 5. C. de curat. furiosi*: paterno testimonio pro eius satisdatione sufficiente.

25) *L. 13. in f. D. de tutor. et curat. dat.* Fides inquisitionis pro vinculo cedet cautionis.

26) *L. 3. D. de confirm. tut. L. 4. C. de tutore vel curatore, qui satis non dedit.* S. Donellus Lib. III. Cap. 11. §. 3.

27) *L. 5. D. de confirm. tut. L. 1. D. de magistrat. conveniend.*

28) *L. 5. pr. D. de legitim. tut.*

Denn sie konnte ihnen auch vom Prätor causa cognita erlassen werden, welches besonders bey den Patronen und deren Kindern häufig der Fall seyn mochte [29]). Uebrigens war selbst die Mutter nicht von der Cautionsleistung befreit [30]).

Waren nun aber gleich tutores testamentarii und ex inquisitione dati von der Satisdation frey; so konnte doch, vermöge eines Edicts, dessen Ulpian *libro XXXV. ad Edictum* [31]) gedenkt, wenn unter mehreren im Testamente berufenen Vormündern einer sich zur Satisdation erbot, dieser ausschließlich die Verwaltung erhalten. Dieß schloß jedoch die causae cognitio des Prätors über die Person dessen, der die Caution angeboten hat, in Vergleichung mit der Person des Mitvormundes, nicht aus. Denn

29) *L.* 5. §. 1. *D. cit.*

30) *Nov. XCIV. Cap.* 1. *Nov. CXVIII. Cap.* 5. in fin. S. *Franc.* Balduinus Comm. ad pr. J. de Satisd. tut. p. 134.

31) *L.* 17. *pr. D. de testam. tut.* Daß dieses ein prätorisches Edict sey, geht aus dieser Gesetzstelle klar hervor. *Jo. Ortw.* Westenberg Princ. iuris sec. ord. Dig. Lib. XXVI. Tit. 2. §. 21. hat es nach Ranchin so restituirt: *Si quis ex pluribus tutoribus satisdationem* obtulerit, *ut solus administret, an ille audiri, ceterisque nihilominus eadem conditio deferri debeat, causa cognita constituam.* Allein Ulpian redet in der *L.* 17. *D. de test. tut.* wo er dieses Edicts zuerst gedenkt, ausdrücklich nur von testamentarischen Tutoren. Er sagt: Testamento datos tutores non esse cogendos satisdare rem salvam fore, certo certius est. Sed nihilo minus cum quis offert satisdationem, ut solus administret, audiendus est, *ut Edicto cavetur.* Sed recte *Praetor* etiam ceteris detulit hanc conditionem, si et ipsi velint satisdare. In der *L.* 19. §. 1. *D. eo-*

war jener etwa eine verdächtige Person, dieser ein bekannter redlicher Mann; so konnte der Prätor einem solchen Mitvormunde die Verwaltung auch ohne Satisdation auftragen [32]). Das blos für testamentarische Vormünder gegebene Edict ward nachher durch Interpretation, welche auch durch eine Oratio DIVORUM FRATRUM bestätiget wurde, auch auf die ex inquisitione bestellten Vormünder angewendet, wie Ulpian sagt [33]). Die Anerbietung des einen Vormundes zur Cautionsleistung hindert jedoch den Mitvormund nicht, auch seiner Seits Satisdation anzubieten, und die alleinige Verwaltung der Vormundschaft zu erhalten. Wenigstens kann er nun durch die Anerbietung des erstern nicht von der Verwaltung aus-

dem aber sagt er ganz bestimmt: Hoc Edictum de satisdatione ad *tutores testamentarios* pertinet: sed et si ex inquisitione dati sint tutores, MARCELLUS ait, et ad hos pertinere hoc Edictum: et id oratione etiam Divorum Fratrum significari.

32) *L.* 17. §. 2. *D. de testam. tut.* Non omnimodo autem is, qui satisdet, praeferendus est. Quid enim si suspecta persona sit, vel turpis, cui tutela committi nec cum satisdatione debeat? vel quid si iam multa flagitia in tutela admisit? Nonne magis repelli et reiici a tutela, quam solus administrare debeat? Nec satis non dantes temere repelluntur: quia plerumque bene probati et idonei atque honesti tutores, etiam si satis non dent, non debent reiici, quinimmo nec iubendi sunt satisdare. Duplex igitur causae cognitio est, una ex persona eius, qui obtulerit satisdationem, quis et qualis est: alia contutorum, quales sunt: num forte eius existimationis vel eius honestatis sunt, ut non debeant hanc contumeliam satisdationis subire.

33) *L.* 19. §. 1. *D. de test. tut.*

geschlossen werden. Hat also einer, wie der andere, Caution geleistet, so werden beyde verwalten [34]). Jedoch konnte der Prätor auch einen vorziehen, nämlich denjenigen, welchen er für den geschicktesten und sichersten hielt [35]). Geradezu kann also kein Vormund von seinem Mitvormunde verlangen, daß er Sicherheit leiste, sondern er muß sich

34) *L.* 17. *pr. D. de testam. tut.* Sed recte Praetor etiam ceteris detulit hanc conditionem, si et ipsi velint satisdare. Nam et si ipsi parati sunt satisdare, non debent excludi alterius oblatione, sed impleta videlicet ab omnibus satisdatione, omnes gerent, ut qui contentus est, magis satis accipere, quam gerere, securus esset.

35) *L.* 18. *D. eodem.* Quod si plures satisdare parati sint, tunc idonior praeferendus erit, ut et tutorum persona inter se et fideiussorum comparentur. Diese Stelle ist aus des Callistrati *libro tertio Edicti monitorii* genommen. Ohne Zweifel hat hier Callistratus das nämliche Edict erklärt, dessen auch Ulpian *L.* 17. *et* 19. *D. eodem* gedenkt. Denn daß er daselbst von testamentarischen Vormündern, und deren Verwaltung gehandelt habe, ergiebt sich aus *L.* 29. *D. de negot. gest.* welche auch aus des Callistrati *libro tertio Edicti monitorii* genommen ist. Er rechnet also unser Edict zu derjenigen Classe der Edicte, die man monitoria nannte. Welche Edicte der Prätoren mit diesem Namen bezeichnet worden sind, ob solche, die blos Wiederholungen und Einschärfungen von Vorschriften enthielten, die schon iuris civilis waren, wogegen jedoch *de* Weyhe in libris tribus Edicti. Cap. III. §. 63—65. streitet; oder solche, welche zur Warnung für Nachtheile und Straferkenntnisse dienten, wie *Christ. Gottl.* Haubold in Exercitat. iuris honor. de edictis monitoriis. (*Lips.* 1804.) Cap. II. §. 4. meint, ist noch nicht im Klaren.

selbst zur Cautionsleistung erbieten, und dem Mitvormunde die Wahl lassen, ob er die angebotene Caution annehmen, oder selbst Caution leisten wollt. Denn er könnte ihm ja vielleicht gern die Verwaltung allein überlassen wollen, wenn er nur deshalb vollkommen gesichert ist. Erbietet sich keiner zur Caution, so hat der Prätor in seinem Edict, welches, wie schon bemerkt worden, blos von testamentarischen Vormündern handelte, Folgendes verordnet [36].

1) Hat der Testator selbst bestimmt, wer die Vormundschaft führen solle; so soll dieser die Vormundschaft allein verwalten. Hier entscheidet also der Wille des Testirers, wofern nicht etwa der Prätor guten Grund hätte, von dem Willen des Testirers abzugehen, und eine andere Verfügung zu treffen.

2) Hat der Testirer darüber nichts verordnet, so soll durch die Majorität der von Testator berufenen Mitvormünder der gerens gewählt werden. Können sich aber die Mitvormünder über die Wahl nicht vereinigen, oder mögen sie, der vom Prätor angewandten Zwangsmittel ungeachtet, keinen wählen; so will

3) der Prätor selbst entscheiden, Wer administriren soll, weil es ihm in der Regel besser schien, wenn nur Einer verwaltet, als wenn sie alle geriren. Sind jedoch

4) die Tutoren damit nicht zufrieden, sondern sie wollen wegen der subsidiären Verantwortlichkeit alle mitverwalten; so will es ihnen der Prätor auch erlauben, wofern es ihnen nicht lieber seyn sollte, wenn die Tutel unter sie getheilt werde.

36) Man vergleiche hier §. 1. *J. de Satisdat. tut. L. 3. D. de administr. et peric. tut. vel curat.*

Das Edict des Prätors ließe sich vielleicht aus den angeführten Fragmenten folgendermassen restituiren [37]).

Si plures testamento dati fuerint tutores, cum quis eorum offert satisdationem, ut solus administret, an sit audiendus, ceterisve nihilo minus eadem conditio deferri debeat, si et ipsi velint satisdare, causa cognita constituam. Quodsi nemo eorum satis offerat, siquidem parens ipse destinaverit testamento, quis tutorum tutelam gerat, ei potissimum, nisi iusta ex causa aliud videbitur, tutelae administrationem committam. Si non erit a testatore electus tutor, aut qui electus erit, gerere nollet, tum eum gerere cogam, cui maior pars tutorum tutelam decreverit. Quodsi vero non decreverint, causa cognita, ipse statuam, quis tutelam geret. Si tamen non consentiant tutores, sed velint omnes gerere, quia non patiuntur succedanei esse alieni periculi, eis omnibus gerere permittam, nisi dividi inter se tutelam velint tutores.

Dieses Edict ist nachher auch, wie Ulpian [38]), und

37) Die Versuche von Ranchinus und Westenberg s. in *Abr.* Wieling Fragment. Edicti perpetui. pag. 167. und vergleiche noch *Car. Guil. Lud. de* Weyhe libri tres Edicti. pag. 227.

38) *L.* 19. §. 1. *D. de testam. tut.* Sed et si *ex inquisitione* dati sint tutores, Marcellus ait, *et ad hos pertinere hoc Edictum:* et id *oratione* etiam *Divorum Fratrum* significari: ideoque et illi clausulae sunt subiecti, *ut si cui maior pars tutorum decernat, is gerat, quem maior pars eligat:* quamvis verba Edicti *ad testamentarios* pertineant.

auch ihm Justinian[39]) sagt, durch die Interpretation auf die ex inquisitione bestellten Vormünder angewendet worden, wie ich schon oben bemerkt habe. Justinian hat überhaupt dasjenige, was über die Satisdation der Vormünder in seinen Gesetzen verordnet ist, in der *Nov.* 94. *Epilog.* nochmals bestätiget, wo er sagt: Fideiussores etiam diligenter dentur, omniaque, *sicut legibus nostris sancitum est*, providentia clarissimi Praetoris, cui haec res curae est, peragantur. In der *Nov. CXVIII. Cap. 5.* bemerkt zwar Justinian noch insonderheit bey den gesetzlichen Vormündern, daß auch ihr Vermögen dem Pupillen stillschweigend verpfändet sey. Allein daß schon weit früher den Pupillen und Minderjährigen auf dem Vermögen ihrer Vormünder eine Hypothek gegeben worden sey, ohne Unterschied, sie seyen von der Obrigkeit bestellt, oder gesetzlich berufen, oder testamentarische, ist schon an einem andern Orte[40]) gezeigt worden.

Nach den deutschen Reichsgesetzen[41]) müssen alle Vormünder ohne Ausnahme, auch die testamentarischen, Caution leisten[42]). Das Gesetz sagt, sie sollen rechtmäßige gnugsame Caution und Versicherung thun. Daß die Caution gerade durch Bürgen geleistet werde, ist nicht nöthig. Sie kann auch eben so gut durch Pfand

39) §. 1. *in fin. J. de satisdat. tutor.*

40) S. den 19. Th. §. 1088. S. 139. ff.

41) Reichs-Pol.-Ordn. vom J. 1577. Tit. XXXII. §. 3.

42) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 8. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 14. in fin. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 652.

oder Hypothek bestellt werden, denn das Gesetz schreibt keine besondere Art der Cautionsleistung vor. Man zieht sogar h. z. T. die Hypothek der Satisdation vor[43]). Da jedoch die Caution immer ihrem Zweck entsprechen muß; so erfordert man auch bey den Bürgen, wenn durch sie die Caution geleistet werden soll, daß sie durch eine Realsicherheit aufrecht gemacht werde. Bürgen kommen jedoch h. z. T. selten mehr bey Vormündern vor. In mehreren Provinzialrechten und Statuten ist sogar die Satisdation den Vormündern ausdrücklich erlassen[44]). Man läßt es gewöhnlich bey der gesetzlichen Hypothek bewenden, welche den Pupillen und Minderjährigen auf dem ganzen Vermögen ihrer Vormünder ohnehin zusteht[45]). Die Güter müssen nur nicht verschuldet und schon mit Hypotheken belastet seyn[46]). Wo Hypothekenbücher bestehen, erfordert man die gerichtliche Eintragung der Vormundschaft, wofür selbst von der Obervormundschaft gesorgt werden muß[47]). Ueberhaupt darf die Caution nur nach Verhältniß desjenigen Theils des Vermögens und der Einkünfte bestellt werden, welchen der Vormund in die Hände bekommt. Denn die beträchtlicheren Theile des Vermögens des Pflegbefohl-

43) S. Schilter Prax. iur. Rom. Exercit. XXXVII. §. 89.

44) S. Stryk c. l. §. 9. et 10.

45) Schilter c. l. §. 90. Lauterbach c. l. §. 16. Stryk c. l. §. 11. und Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 7. B. §. 627. S. 156.

46) S. Just. Claproths theor. pract. Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 149. Nr. VII. S. 278. a. E.

47) S. Mittermaier's Grundſ. des gemein. deutschen Privatrechts. §. 371. a. E.

nen, nämlich die Schuldinstrumente, die Kapitalien mögen schon von dem Erblasser, oder erst während der Vormundschaft ausgethan seyn, ferner bedeutende Baarschaften, und Kostbarkeiten, müssen in gerichtliche Verwahrung genommen werden, und zwar in der Regel sogleich nach der Aufnahme des Inventariums, wenn es die Umstände nicht schon bey der Versiegelung des Nachlasses erfordern [48]). Daneben bietet in Rücksicht des übrigen durch depositarische Verwahrung und Verwaltung nicht gesicherten Theils des Vermögens, eine ununterbrochene Aufsicht, und strenges Halten über ordentliche Rechnungsablegung, in Verbindung mit dem gesetzlichen Pfandrechte der Pflegbefohlnen in dem Vermögen ihrer Vormünder, soviel Sicherheit dar, daß sich ein sparsamer Gebrauch der gehäßigen Cautionsforderung, wenigstens als Regel, allerdings empfehlen läßt [49]). Ueberdem ist es ja Pflicht der Gerichte, bey der Bestellung eines Vormundes darauf Rücksicht zu nehmen, daß ein solcher Mann gewählt werde, der den Ruf eines unbescholtenen Wandels, der Ordnungsliebe, und Redlichkeit für sich hat. Wenn nun gleich die deutschen Reichsgesetze bey der Cautionsleistung der Vormünder keinen Unterschied noch Ausnahme machen; so kann doch nach den besondern Gesetzen eines Landes, welche immer zunächst berücksichtiget werden müssen, manche Ausnahme Statt finden. So sind z. B. nach dem allgemeinen

48) S. das allgem. Preuß. Landrecht. 2. Th. 18. Tit. §. 423. u. 424.

49) S. D. Wolfg. Heinr. Puchta Handb. des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen bürgerlichen Rechtssachen. 2. Th. §. 311. S. 425.

Preuß. Landrechte[50]) Vormünder, die von dem Erblasser der Pflegbefohlnen ernannt worden sind, von aller Cautionsleistung so lange frey, als sie sich nicht einer unordentlichen oder unwirthschaftlichen Administration verdächtig machen; oder die Ablegung der Rechnungen länger als sechs Monate nach dem dazu bestimmten Termine vernachläßigen. Aber auch andere Vormünder, welche mit einer besondern Cautionsbestellung gar nicht aufzukommen im Stande sind, sollen, wenn sie nur sonst in dem Rufe unbescholtner Redlichkeit und ordentlicher Wirthschaft stehen, dennoch angenommen und beybehalten werden. In solchen Fällen hat denn aber freylich das Gericht, in Ansehung der heimzuzahlenden Kapitalien, oder Zinsen, und anderer ordinären Gutseinkünfte, durch deren unmittelbare Einziehung in das Depositorium und Anweisung derjenigen, die sie zu bezahlen haben, die nöthigen Maßregeln zu treffen, damit dem Vormunde alle Gelegenheit zu nachtheiligen und willkührlichen Dispositionen so viel als möglich benommen werde. Solche besondere Maßregeln müssen denn aber auch in dem Bestallungs-Decret des Vormundes ausgedruckt werden[51]).

Man behauptet auch, daß bey der Mutter die Cautionsbestellung wegfalle, besonders da, wo die Mutter vermöge fortgesetzter Gütergemeinschaft die Vormundschaft hat[52]).

50) 2. Th. 18. Tit. §. 433. und 434. Auch nach dem Ostfriesischen Landrechte 2. Buch. Kap. 226. sind Vormünder, welche der Vater oder Großvater in seinem Testament gesetzt hat, von der Cautionsbestellung frey. S. von Wicht Ostfr. L. R. S. 536.

51) Allg. Preuß. Land. R. a. a. O. §. 436. u. 437.

52) S. Mittermaier's Grds. des gem. deutsch. Privatrechts. §. 371.

§. 1330.

Errichtung eines Inventariums.

Ist die Vormundschaft gehörig angeordnet, so muß es die erste Sorge des administrirenden Vormundes seyn, mit Zuziehung öffentlicher Personen ein vollständiges Verzeichniß über das ihm anvertraute Vermögen seines Pflegbefohlnen herzustellen, und zwar noch ehe er die Verwaltung anfängt[53]). Unter Inventar, welches Wort, als technischer Sprachgebrauch des Civilrechts, bey den Römern zwar den nicht-juristischen Classikern fremd[54]), aber doch auch wohl nicht erst seit Ulpian[55]) üblich, sondern schon früher von Scävola[56]) gebraucht, auch von den Deutschen angenommen ist, wird hier die öffentliche Urkunde verstanden, welche ein genaues Verzeichniß alles dessen enthält, was zum Vermögen des Pflegbefohlnen gehört, und eben davon seinen Namen haben soll, weil in diesem Verzeichniß der ganze Vermögensbestand des Pflegbefohlnen gefunden wird, ab inveniendo, so wie das

53) *L.* 24. *C. h. t.* Montanus Cap. XXXII. Reg. V. pag. 305 — 320. *Jo.* Fuchs Tr. de inventario. *Francof. et Lips.* 1710. 4. Just. Claproths theor. pract. Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 150. und Wolfg. Heinr. Puchta Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen bürgerl. Rechtssachen. 2. Th. §. 310.

54) S. Vossius de vitiis sermon. lat. Lib. III. cap. 16. u. *Car. Andr.* Ducker Opusc. de Latinitate ICtor. vett. pag. 441. not. 3.

55) *L.* 7. *pr. D. h. t.* Tutor, qui repertorium non facit, quod vulgo *inventarium* appellatur.

56) *L.* 57. *pr. D. ead.*

Wort repertorium, welches ebenfalls Ulpian gebraucht, a reperiendo hergeleitet wird [57]). Ulpian [58]) nennt dieses Inventar auch *Synopsis bonorum pupillarium*, das heißt, wie es Cujaz [59]) erklärt, brevis descriptio bonorum pupillarium, an einem andern Orte [60]) nennt er es mit dem griechischen Ausdruck *ἀναγραφή*. Das mehrmals angeführte deutsche Reichsgesetz [61]) sagt:

„Item, daß er, nach befohlner Verwaltung, von allen Gütern, liegend und fahrend, Schulden-Brieff und Registern, ein Inventarium auffrichte."

Soviel die Form desselben betrifft, so verordnete zuerst K. Arcadius [62]), daß das Inventar sogleich bey Bestellung des Vormunds vor Gericht in Gegenwart der Primaten, des Defensors, und anderer Gerichtspersonen, feyerlich gefertiget, und daß zugleich die vorgefundene Baarschaft an Gold und Silber, und Alles, was durch das Alter der Zeit nicht abgenutzt wird, von den sämmtlichen Gerichtspersonen mit dem öffentlichen Siegel belegt, und vermittelst eines gerichtlichen Beschlußes an einem sichern Orte bis zu beendigter Vormundschaft unverzinslich aufbewahrt werden soll, ausser insofern es dem Mündel an genügenden Einkünften zu seinem Unterhalte fehlen sollte,

57) S. *Hug.* Donellus Commentar. Lib. XV. Cap. 19. §. 5. (Vol. IX. edit. noviss. *Bucher*. Norimb. 1826. 8. pag. 171. sq.)

58) *L. 5. §. 11. D. de rebus eor. qui sub. tut. v. cura sunt.*

59) Observation. Lib. VIII. cap. 1.

60) *L. 15. pr. D. de rebus auct. iud. possid.*

61) Reichspol. Ordn. v. J. 1577. Tit. XXXII. §. 3.

62) *L. ult. Cod. Theod. h. t.* (III. 19.)

wo dann Ankauf von Immobilien, oder Ausleihung von Geldern auf Verzinsung nöthig wird. Die Verordnung selbst, welche an den Praefectus praetorio Eutychianus gerichtet ist, lautet folgendermassen [63]:

Tutores eodem momento, quo fuerint ordinati, mox adeant cognitores [64]), ut praesentibus primatibus [65]), defensore [66]), officiis etiam publicis [67]), inventario solenniter facto, omne aurum argentumque, et quidquid vetustate temporis non mutatur, si in pupilli substantia reperiatur, iudicum ac Senatorum, officiorum etiam publicorum inustum signaculis, in tutissima, publicae auctoritate sententiae, sine spe aliqua usurarum, custodia collocetur; non prius qualibet occasione mutandum, quam adultus, legitimam ingressus aetatem, non tam litibus vacare incipiat, quam integro se mox gaudeat patrimonio restitutum. §. 1. Et quoniam etiam mediocris pensanda fortuna est, si cui forte in hereditate mobilia tantum, non etiam immobilia, relinquantur, nec aliqui fundorum reditus supputentur, ex quibus vel

63) Nach Wenck Codicis Theodos. libri V. priores. p. 194.

64) *Cognitores* sind hier Judices s. Provinciarum Rectores.

65) *Primates* nämlich Decurionum. S. den 29. Th. §. 1317. a. S. 451.

66) Von den Defensores civitatum ist im 29. Th. §. 1317. a, S. 442. ff. gehandelt worden.

67) *Officia publica* sind hier die Scribae publici und Exceptores. S. den Commentar a. a. O. S. 443. auch *Jac.* Gothofredi Comment. ad L. ult. Cod. Th. cit. Tom. I. pag. 369. edit. *Ritter*.

familia pupilli sustentari valeat, vel pupillus, ex mobilibus aut praedia idonea comparentur, aut, si forte, ut assolet, idonea non potuerint inveniri, *iuxta antiqui iuris formam*[68]) usurarum crescat accessio; ut et hic, unde fundorum reditus non sperantur, ex incremento rei mobilis minoris necessitas adiuvetur, et ibi sine periculo tutoris usurae penitus non petantur.

An dieser Constitution hat aber K. Justinian so viel geändert, daß sie ihrem Urbilde gar nicht mehr ähnlich ist, sondern füglich für eine neue Verordnung desselben gelten kann. Sie lautet nämlich im Justinianeischen Codex *) also:

Tutores vel curatores mox, quam fuerint ordinati, sub praesentia publicarum personarum, inventarium rerum omnium et instrumentorum solenniter facere curabunt. Aurum, argentumque, et quidquid vetustate temporis non mutatur, si in pupilli substantia reperiatur, in tutissima custodia collocent: ita tamen, ut ex mobilibus

68) *Jac.* Gothofredus c. l. bezieht dieses auf die Oratio Imp. Severi, und das darauf erfolgte Senatusconsultum, wovon in dem Tit. *de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt*, gehandelt wird. Allein daß die gedachte Oratio *Divi* Severi nichts davon enthalten habe, hat gegen Gothofredus sehr gründlich gezeigt *Chr. Gottl* Haubold Historiae iuris civ. Rom. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis. Spec. I. Cap. II. §. 1. pag. 28. sq. Was für eine Quelle des ältern Rechts der Kaiser Arcadius hier gemeint habe, ist ungewiß, wie auch Wenck c. l. Not. o. ad L. cit. Cod. Theod. pag. 195. bemerkt hat.

*) *L.* 24. *C. h. t.*

aut praedia idonea comparentur, aut si forte, (ut adsolet) idonea non potuerint inveniri, iuxta antiqui iuris formam usurarum crescat accessio, quarum exactio ad periculum tutorum pertinet.

Durch Interpolation ist also hier Erstens der strengen Zeitbestimmung in der Verordnung des Arcadius das Wort mox substituirt worden, welches auf einige Nachsicht hindeutet [69]), die aber nach den Worten der Arcadischen Constitution ganz ausgeschlossen ist. Zweytens ist auch die Form der Inventarisirung ganz abgeändert. Statt der in der Constitution des Arcadius genannten Gerichtspersonen soll die Gegenwart öffentlicher Personen allein genügen; und was Arcadius von der Versiegelung der Sachen durch die genannten Gerichtspersonen mittelst eines gerichtlichen Deposital-Beschlusses verordnet hat, ist in der Verordnung des Justinian. Codex ganz weggelassen worden. Sodann soll zwar die vorhandene Baarschaft an Gold und Silber in sichere Verwahrung gebracht, aber nicht unverzinslich liegen gelassen, sondern zu dem Zweck deponirt werden, um Grundstücke dafür zu kaufen, oder wenn diese nicht mit Vortheil anzukaufen wären, das Geld auf Zinsen auszuleihen, welches Arcadius blos für den Fall mangelnder Einkünfte zum Unterhalt des Pflegbefohlnen verordnet hatte [70]).

69) *L. 22. §. 4. D. ad SCt. Trebell. L. 1. in fin. D. de reb. cred. L. 24 D. Quae in fraud. credit. L. 15. §. 2. D. de re iudic. L. 12. L. 25. § 2. D. de usufr. L. 7. §. 1. D. de donat. inter vir. et ux.* u. s. w.

70) Man sehe hier *Jac.* Gothofredi Commentar. ad L. ult. Cod. Theod. de administr. et perio. tut. et curat. Tom. I. pag. 370. edit. *Ritter*.

Franz Duaren [71]), behauptet, daß die Form, welche Justinian [72]) bey dem beneficium inventarii dem Erben vorgeschrieben, auch vom Vormund müsse beobachtet werden. Nach dieser Analogie soll ihm denn auch zur Errichtung des Inventars eben soviel Zeit, wie dem Erben, gestattet werden [73]). Cujaz [74]) verweist hier auf den Harmenopulus [75]), welcher auch dem Vormunde, wie dem Erben, drey Monate Zeit giebt. Allein das Verhältniß zwischen dem Erben und dem Vormund ist nicht das nämliche, wie schon Accursius [76]) erinnert hat. Dem Erben soll das Inventar dazu dienen, um ausser der Rechtswohlthat der Falcidie, den Gläubigern auch nicht über die Kräfte der Erbschaft haften zu dürfen; dem Vormunde aber dazu, um den Strafen zu entgehen, die ihn im Unterlassungs-Falle treffen würden. Duarens Meinung ist daher mit Recht verworfen worden [77]). Stirbt freylich ein Vater, der unmündige Kinder hinterläßt, für die eine Vormundschaft nothwendig angeordnet werden muß, und der Vormund läßt den Nachlaß zum Behuf der Erbschaftsregulirung inventiren, so muß er allerdings, um den Kindern die

71) Commentar. in hunc Tit. Pandect. Cap. III. §. Tertio. (*Operum* pag. 301.)

72) *L* 22. §. 2. *C. de iure delib.*

73) S. Montanus Cap. XXXII. Reg. V. nr. 29 — 34.

74) Exposit. Novellar. ad Nov. 1.

75) Προχειρον νομων s. *Promptuar. iuris.* Lib. V. Tit. 11. nr. 25.

76) Gloss. ad L. 24. Cod. h. t. lit. d. et Gl. ad L. 22. §. 2. C. de iure delib. lit. c.

77) S. Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 4. Richter Decis. LIX. nr. 6. Fuchs Tr. de inventario. Cap. VI. nr. 74.

Rechtswohlthat des Inventars zu verschaffen, dasjenige beobachten, was die Vorschrift der Gesetze mit sich bringt. Ausserdem bleibt es bey der Vorschrift, die das Römische Recht über die Inventarien der Vormünder giebt, und welche Justinian auch in seinen Novellen nochmals bestätiget hat [78]. So sagt Er in der *Nov. XCIV. Epilog.* Quare in omni pupillari substantia omnis cautio in rebus minorum custodiendis adhibeatur, maxime inventarium cum diligentia conficiatur, praesente clarissimo scriba [79]) cui harum rerum cura com-

78) S. *Jac.* Cujacius Exposit. Novellar. ad Nov. XCIV. *Conr.* Rittershusius Jur. Justinian. P. VIII. Cap. 5.

79) Von den Scribis magistratuum Romanorum, qui cum iis in rationibus monumentisque publicis versabantur, haben *Jac.* Gothofredus Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de Decuriis urbis Rom. Tom. V. p. 157. sqq. *Franc. de* Amaya Commentar. in tres posterior. libros Cod. Justin. Tom. I. pag. 374. und *Car.* Sigonius de antiquo iure civium. Rom. Lib. II. cap. 9. gehandelt. Insonderheit von dem Scriba, der zur Verfertigung der vormundschaftlichen Inventarien gebraucht wurde, und dem Justinian den Titel clarissimus beygelegt, vergleiche man *Jac.* Cujacius Observation. Lib. XVI. cap. 14. und Commentar. ad Libr. X. Tit. 70. Cod. de tabulariis, scribis etc. wo er sagt: clarissimus scriba in provinciis erat quasi praetor tutelaris quidam. Dieser Scriba haftete auch dafür, wenn durch sein Verschulden das Inventarium Unrichtigkeiten enthielt. In der darüber erlassenen Constitution des Kaisers Zeno, *L. ult. Cod. de magistrat. conveniend.* (V. 75.) heißt es: In quo casu non curatoris erit ratio reprehendenda, si qua laesio rebus minoris illata fuisse adversus legum ordinem comprobetur: *sed super negligentia vel dolo scribae, qui veram substantiae taxatio-*

missa est, ceterisque qui ex more rebus illis adsunt; wobey Cujaz [80]) die Bemerkung macht, daß der Scriba blos in den Provinzen die Inventur-Geschäfte besorgt habe, in Rom aber seyen die Inventarien auctoritate Praefecti urbi, und des praetoris tutelaris per apparitorem scribam errichtet worden.

Heut zu Tage wird das Inventarium gewöhnlich unter gerichtlicher Leitung verfertiget. Es kann aber auch vor Notarien und Zeugen errichtet werden, welche dazu erbeten seyn müssen [81]). Von dem Verfahren bey Errichtung des Güterverzeichnisses handelt besonders Claproth [82]). Hier bemerke ich nur, daß bey Eintragung der ausstehenden Kapitalien die Obligationen und Handschriften der Schuldner in dem Inventarium genau angegeben werden müssen [83]); welches den besondern Vortheil gewährt, daß wenn die Schuldurkunden durch Zufall verloren gehen, die Vormünder aus dem Inventar

nem passus est occultari, legibus erit agendum. Cujaz führt hier zur Erläuterung dieser Verordnung noch eine ganz dahin einschlagende griechische Constitution vom Kaiser Constantinus Porphyrogenneta an.

80) Exposit Novellar. ad Nov. 94.

81) S. Fuchs cit. Tract. Cap. VI. nr. 2—13. et nr. 42—47. besonders Struben's rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. LXXIX. Wegen der Requisition des Notars und der Zeugen s. Müller ad *Struvium*. Exercit. XXXI. Th. 36. Not. δ.

82) Theor. pract. Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen, §. 129.

83) S. Müller ad *Struvium* Ex. XXXI. Th. 36. Not. ζ. u. *Jo. Henr. de* Berger Oeconom. iuris Lib. I. Tit. 4. Th. X. not. 2.

gegen die Schuldner klagen können [84]). Kopien von den Schuldurkunden selbst dem Inventar beyzufügen, wie Montanus [85]), und mit ihm Hellfeld behauptet, ist eben so wenig nöthig [86]), als die Zuziehung der Schuldner oder der Gläubiger bey Anfertigung des Inventars [87]).

Da die Zeit, binnen welcher das Inventar vom Vormunde anzufertigen, im Röm. Rechte nicht bestimmt ist; denn in der interpolirten *L.* 24. *C. h. t.* heißt es blos: Tutores vel curatores mox, *quam fuerint ordinati*, sub praesentia publicarum personarum, inventarium rerum omnium et instrumentorum solenniter facere curabunt; so pflegt die Zeit nach richterlichem Ermessen bestimmt zu werden [88]).

Ob nicht eine eidliche Specification den Mangel des Inventariums ersetzen könne, ist eine streitige Rechtsfrage.

84) *L.* 57. *pr. D. h. t.* S. *Just.* Meier Colleg. Argentorat. h. t. Th. 14. Nr. III. Fuchs cit. Tr. de inventar. Cap. VIII. nr. 40. Lauterbach Colleg. theor. pr. Pandect. h. t. §. 9. besonders *Ulr.* Huber Praelect. iuris Rom. ad Pand. Lib. XXII. Tit. 4. §. 31. und h. t. §. 4. Ueber die L. 57. sind auch zu vergleichen *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pand. Tom. IV. pag. 441. et ad Eundem *Smallenburg* pag. 442.

85) Tr. de iure tutel. Cap. XXXII. Reg. V. nr. 79—81.

86) S. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1619. Not. b.

87) Glossa ad L. 24. Cod. h. t. not. d. *Ant.* Perez Praelect. in Cod. h. t. nr. 4. und Fuchs cit. Tract. Cap. VI. nr. 48.

88) S. Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 4.

Nach Einigen [89]) soll es von der Willkühr des Vormunds abhängen, ob er ein Inventar errichten, oder blos ein Privatverzeichniß mit seinem Eide bestärken will. Allein mit Recht hat Hellfeld diese Meinung verworfen, und Carl Fried. Walch [90]) hat sie gründlich widerlegt. Sowohl das Römische als Deutsche Recht erfordern schlechterdings die feyerliche Errichtung eines Inventariums, weil es die Grundlage der ganzen vormundschaftlichen Verwaltung ausmacht [91]). Das Inventar gehört also zur Form des Geschäfts. Die einmal gesetzlich vorgeschriebene Form darf aber nicht willkührlich abgeändert werden. Hierzu kommt, daß auch das eigene Zeugniß des Vormundes in einer Sache, wobey sein Interesse so groß ist, mit dem gerichtlichen, oder von öffentlichen Personen ausgestellten Zeugniß nicht gleiche

89) Carpzov Jurispr. for. P. II. Const. XI. Def. 6. *Chr. Phil.* Richter Decision. P. I. Dec. 58. nr. 8. et 9. Cothmann Consil. Vol. V. Cons. 39. nr. 10. *Jo.* Fuchs Tract. cit. Cap. IX. nr. 1 — 5. et nr. 23.

90) Diss. de iurata specificatione loco inventarii exhibita, auctore *Jo. Wolfg.* Textore. *Jenae* 1790. 4. §. VII. Hierin stimmen auch überein Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 12. Berger Resolut. Legg. obstant. h. t. p. 569. sq. *Goswin ab* Esbach Notae et Addition. ad *Carpzovium* pag. 192. *Jo. Balth. a* Wernher select. Observation. for. Tom. II. P. IX. Obs. 87. und Tom. III. P. II. Obs. 353. *Chr. Frid.* Schröter Diss. de iurata specificatione. (*Vitemb. rec.* 1744.) Cap. I. §. 21. et 22. Martini Vormundschaftslehre. S. 30. f. und Weber Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1330. u. m. a.

91) Nur wenn bey Gelegenheit einer Erbschaftsregulirung eine Vormundschaft angeordnet wird, kann das Nachlaß-Inventarium nicht schlechthin die Basis abgeben, sondern allein der Erbtheilungs-Receß. S. Puchta angef. Handbuch. 2. Th. §. 310.

Kraft und Wirkung haben kann. Eine eidliche Specification kann daher den Mangel des Inventars um so weniger ersetzen, weil gegen einen solchen Vormund, der es, ohne rechtmäßigen Entschuldigungsgrund, an Errichtung eines Inventars hat fehlen lassen, wegen eines als erwiesen rechtlich anzunehmenden Dolus, das iusiurandum in litem Statt finden soll. Ueberdem darf sich ja auch der Vormund gar nicht eher einer Verwaltung anmassen, als bis er ein Inventar über das seiner Verwaltung anvertraute Vermögen seines Pflegbefohlnen hergestellt hat, wofern nicht augenscheinliche Gefahr auf dem Verzuge haftet; sonst wird er als verdächtig abgesetzt, und noch willkührlich, sogar mit Infamie, bestraft, wie folgende Gesetzstellen besagen.

L. 7. *pr. D. h. t.* Ulpian. *libro XXXV. ad Edictum.* Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo *inventarium* appellatur, *dolo fecisse videtur* [92]), nisi forte aliqua necessaria et iustissima causa allegari possit, cur id factum non sit. Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea conditione est, ut teneatur in id, quod pupilli interest, quod *ex iureiurando in litem* aestimatur. Nihil itaque gerere ante inventarium factum eum oportet: nisi id, quod dilationem nec modicam exspectare possit.

L. ult. §. 1. *Cod. Arbitrium tutelae.* (V. 51.) Imp. Justinianus A. *Juliano* P.P. — Illo procul dubio observando, ut non audeat tutor vel curator res pupillares vel adulti aliter attingere, vel ullam sibi communionem ad eas vindicare, nisi prius inventario publice facto, secundum morem solitum res

92) S. Ad. Diet. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. S. 346. f.

ei tradantur: nisi testatores, qui substantiam transmittunt, specialiter inventarium conscribi vetuerint. Scituris tutoribus et curatoribus, quod si inventarium facere neglexerint: et quasi suspecti ab officio removebuntur, et poenis legitimis, quae contra eos interminatae sunt, subiacebunt [93]): et postea perpetua macula infamiae notabuntur, neque ab imperiali beneficio absolutione huius notae fruituri.

Für die Richtigkeit des Inventars, als einer öffentlichen Urkunde, streitet übrigens die Vermuthung, und es beweist gegen den Vormund vollständig, daß er das empfangen habe, was darin verzeichnet ist. Es mag zwar ehemals unter den Römischen Juristen auch zweifelhaft gewesen seyn, ob der Vormund nicht auch für das hafte, was zwar in dem Inventarium nicht steht, aber seinen bey Gelegenheit gefällten Aeußerungen zu Folge zu dem Vermögen seines Pflegbefohlnen gehören soll? Allein Justinian

93) Diese poenae legitimae bestehen darin, daß gegen den Vormund das iusiurandum in litem Statt findet, L. 4. C. de in litem iurando. (V. 53.) und Vormünder geringern Standes vor ihrer Absetzung noch mit Gefängniß bestraft werden sollen. *L.* 3. § 16. *D. de susp. tutor.* wenn man nämlich die haloandrinische und gemeine Lesart: *Tutores, qui repertorium non fecerunt*, welche Worte in der Florentine fehlen, annimmt, die auch Beck in seiner Ausgabe angenommen hat. S. *Just.* Meier Colleg. argentorat. Tom. II. h. t. §. 14. Unter *poenae legitimae* gerade solche zu verstehen, welche schon in den Gesetzen der XII Tafeln bestimmt sind, ist nicht nöthig. S. *Pet. Franc.* Linglois Quinquag. Decision. Imp. Justin. ad L. h. Qu. 2. pag. 217. und *Em.* Merillius Exposition. in L. Decision. Just. ad eand. L. ult. (*Oper.* P. II. pag. 27.)

hat den Zweifel entschieden, und verordnet, daß eine solche bloße Privatäusserung des Vormunds gegen ihn nichts beweisen soll, und zwar mit Recht, denn sie kann leicht entweder einen Irrthum, oder Prahlerey zum Grunde haben, um seinen Pflegbefohlnen reicher zu machen, als er wirklich ist. Der Vormund muß nur nicht etwa einem Dritten, welcher z. B. seine Pflegbefohlne heyrathen will, mehr für sie z. B. zum Heyrathsgute versprochen haben, als sie wirklich im Vermögen hat. Denn dafür muß er haften, er mag es wissentlich oder aus Irrthum gethan haben [94]). Ausser-

94) Es gehört hierher die sehr merkwürdige *L.* 43. §. 1. *D. h. t.* aus Paulus *libro VII. Quaestionum.* wo folgender Fall entschieden wird. Quidam quum esset fratris sui filiae curator, quadringenta dotis nomine marito eius se daturum promisit. Quaero, an succurrendum sit ei, cum postea aere alieno emergente, supra vires patrimonii eius dos promissa sit, quoniam in instrumento ita scriptum sit: *ille patruus et curator stipulanti spopondit?* Movet quaestionem, quod non ut de suo dotem daret, sed cum crederet, *rationem pupillarem* (i. e. patrimonium pupillare, vid. *van* Bynkershoek Observat. iuris Rom. Lib. VI. Cap. 8. §. 2) sufficere, promisit; praeterea *et* illud (*Ant.* Faber Conjecturar. iuris civ. Lib. VI. cap. 18. vertauscht das et mit *nec*, ohne Grund) hic potest tractari, ut, si sciens curator, non sufficere, promiserit, vel donasse videatur, vel quoniam dolo fecit, non illi succurratur. Respondi: *curator cum officium suum egressus, sponte se obligavit, non puto ei a Praetore subveniri debere, non magis, quam si creditori pupillae pecuniam se daturum spopondisset.* Sed is, de quo tractamus, si non donandi animo, sed *negotii gerendi causa* dotem promisit, habet mulierem obligatam: et poterit dici, etiam manente matrimonio eam teneri, quia habet dotem, sicut in collatione bonorum dici-

dem soll nur das Inventar allein zum Maaßstabe dienen, um darnach die Größe des Vermögens des Pflegbefohlnen

tur, vel certe post divortium, sive exacta sit dos, sive maneat nomen, quia potest efficere, ut ei accepto feratur. Quod si mulier suum curatorem adimplere id, quod supra vires patrimonii eius in dotem dare promisit, non queat: curatorem quidem in hoc, quod superfluum est, per exceptionem relevari, mulier vero cautionem in maritum exponere debet, quod, si quandoque locupletior constante matrimonio facta fuerit, dotis reliquum marito solvat. Da zur Zeit des Paulus noch die Weiber-Tutel Statt hatte, so hatte wohl Paulus tutor geschrieben, wofür Tribonian curator gesetzt hat. Der Haupt-Entscheidungsgrund, warum hier der Curator aus seinem Versprechen dem Manne seiner Pflegbefohlnen hafte, setzt Paulus darin: *quod curator, officium suum egressus, sponte se obligaverit*. Diese Ueberschreitung seines Amts bestand darin, 1) daß er eine größere Summe, als das Vermögen seiner Pflegbefohnen betrug, dem Manne derselben dotis nomine und zwar, wie aus den angeführten Worten der Stipulations-Urkunde erscheint, in eigenem Namen versprochen hatte, worauf sich nun auch der Mann verließ, welcher vielleicht sonst gar nicht die Pflegbefohlne geheyrathet haben würde. Es war also eben so, als hätte er einem Gläubiger seiner Mündel diese Summe versprochen. 2) Daß er das Heyrathsgut selbst versprochen, welches er von seiner Pflegbefohlnen unter seiner Auctorität hätte versprechen lassen sollen. *L.* 60. *D. de iure dot.* Wenn dann diese mehr zum Heyrathsgute versprochen hätte, als sie im Vermögen hat, so wäre das Versprechen, in soweit es das Vermögen übersteigt, ipso iure ungültig gewesen, wie Terentius Clemens lehrt *L.* 61. *pr. D. de iure dot.* S. *Jos. Fernand. de* Retes Miscellan. Lib. I. Cap. 5. (*Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 37. sqq.) Dem

zu bestimmen, und dieses muß auch der Vormund als rich-

Manne seiner Pflegbefohlnen haftete also der Curator unbedingt, weil er die dos suo nomine versprochen hatte. Dieß heißt hier: *sponte se obligavit*, wie auch der griechische Scholiast *Basilicor.* Tom. IV. pag. 835. diese Worte richtig erklärt hat, wenn er sagt: Ὡς παρεξελθὼν τὸ ὀφφίκιον, καὶ μὴ συναινέσας, ἀλλὰ προτοτύπως ὑποσχόμενος. i. e. *Velut officium suum egresso, et qui non consenserit, sed ipse* PRINCIPALITER *promiserit.* Klagt also der Mann gegen den Curator actione ex stipulatu, so kann sich der Vormund mit keiner prätorischen Einrede schützen, (non puto ei *a Praetore* subveniri debere). Wenn jedoch der Curator die dos für seine Pflegbefohlne nicht animo donandi, sondern negotii eius gerendi causa versprochen, so bleibt ihm wenigstens die Pflegbefohlne verbindlich, gegen welche er nun actione negotiorum gestorum klagen kann. Diese Klage findet Statt, der Curator mag dem Manne das versprochene Heyrathsgut schon bezahlt haben, oder nicht. Denn in dem ersten Falle geht die Klage dahin, daß die Pflegbefohlne ihm das wieder erstatte, was er für sie mehr an Heyrathsgute gegeben hat, als ihr Vermögen beträgt. Diese Klage hat gegen sie nicht nur post divortium, sondern auch schon während der Ehe Statt, quia habet dotem, sie erscheint also in dieser Hinsicht bereichert, wenn gleich der Mann ihr Heyrathsgut in Händen hat. Es ist hier, sagt Paulus, wie bey der collatio bonorum. Denn auch in diesem Falle muß die dos, welche der Mann inne hat, den Brüdern der Frau conferirt werden, so daß die Frau nun soviel weniger aus dem Nachlaß des Vaters erhält, als ihre dos beträgt. *L. 5. C. de collation.* (VI. 20.) In dem letzten Falle aber, (si maneat nomen) kann der Curator darauf klagen, daß ihm die Frau von ihrem Manne eine Befreyung von seiner Schuldverbindlichkeit durch Acceptilation auswirke, quia

tig anerkennen, wie aus folgender Verordnung des Kaisers Justinian zu ersehen ist.

potest efficere, ut curatori accepto feratur nomen. Wie aber, wenn der Vormund nichts ausgerichtet hätte mit seiner Klage, weil die Beklagte ausser Stand war, ihn wegen des Ueberschusses zu befriedigen? (Dieß heißt hier adimplere curatorem i. e. exsolvere suo curatori superfluum, wie dieser Ausdruck auch *L. ult.* §. 3. *C. de testam. manum.* (VII. 2.) gebraucht wird.) Hier kann sich der Curator, wenn er von dem Manne seiner gewesenen Pflegbefohlnen auf das Ganze belangt wird, mit einer Einrede schützen, (per exceptionem relevari) vielleicht in der Art: *si non plus promisi, negotia puellae bona fide gerens, quam facultates eius ferant, quamque ipsa mihi reddere queat,* damit der Vormund nicht in Schaden gerathe. In diesem Falle muß aber auch die Frau dem Manne Caution leisten, daß wenn sie während der Ehe zu besserm Vermögen kommen sollte, sie ihm den Ueberrest des Heyrathsgutes noch nachzahlen wolle. Die Florentine liest hier: dotis reliquum marito *servat*, es muß aber *solvat* gelesen werden, wie auch Haloander, Baudoza, Merlin, Hugo a Porta, Miräus und Beck haben. *Ant.* Faber c. l. hält zwar diese ganze Entscheidung für einen Tribonianismus. Tota enim hac sententia, sagt er, quid, obsecro, dici potest inelegantius, stultius, insulsius? Allein bey keinem unbefangenen Ausleger wird diese Grille des großen Fabers Beyfall finden. Man vergleiche vielmehr *Jac.* Cujacii Commentar. in Libr. VII. Quaestion. *Pauli* ad. h. L. 43. (*Oper. postum.* a Fabroto editor. Tom. II. pag. 1100. sq.) *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pand. T. IV. pag. 435. und Pothier Pand. Justinian. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 9. Nr. VI. Not. h. — q. pag. 121. In Rücksicht des Practischen s. Mevius P. I. Decis. 228. und Berlich P. I. Decis. 14. et 15.

L. ult. pr. Cod. Arbitrium tutelae. Veteris iuris dubitationem [95]) decidentes, sancimus, si quidem tutor vel curator pro substantia pupilli vel adulti aliquid *ubicunque* [96]) dixerit ad maiorem quantitatem eam reducens, sive pro utilitate pupilli vel adulti, sive per suam simplicitatem, sive per aliam quamcunque causam: nihil veritati praeiudicare, sed hoc obtinere, quod ipsius rei inducit natura, et mensura pupillaris et adulti ostendit substantiae. Sin autem inventario publice facto res pupillares vel adulti inscripserit, et ipse per huiusmodi scripturam confessus fuerit ampliorem quantitatem substantiae: non esse aliud inspiciendum, nisi hoc quod inscripserit, et secundum vires eiusdem scripturae patrimonium pupilli vel adulti exigi. Neque enim sic homo simplex (immo magis stultus) invenitur, ut in publico inventario scribi contra se aliquid patiatur.

Nach diesem Gesetz gehört nun zwar die Vermuthung für die Richtigkeit des Inventars allerdings zu den starken Vermuthungen, die man praesumtiones violentae zu nennen pflegt [97]). Allein ist sie deswegen für eine praesumtio iuris et de iure zu halten, die keinen Gegenbeweis zuläßt? Dieß behaupten viele Rechtsgelehrten [98])

95) Von dieser Controvers findet sich jedoch in den Pandecten keine Spur. S. Merillius c. I. pag. 25.

96) *Ubicunque* h. e. sive in iudicio, sive extra iudicium. S. Merillius c. l. pag. 26.

97) S. *Just. Henn.* Boehmer Diss. de collisione praesumtionum. Cap. I. §. 6. in fin. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 3. B. §. 1146.

98) Montanus de iure tutelar. Cap. XXXII. Reg. 5.

mit Beziehung auf unser Gesetz. Allein das Gesetz sagt dieses nicht, sondern will nur, daß das in dem Inventar enthaltene Geständniß des Vormundes vollständig gegen ihn beweisen solle, weil es eine öffentliche Urkunde ist. Der Pflegbefohlne kann daher, nach geendigter Vormundschaft, mit Recht zurückfordern, was in dem Inventar, als zu seinem Vermögen gehörig, verzeichnet ist. Allein daß der Vormund mit keinem Gegenbeweise gehört werden solle, wenn er behauptet, daß aus Versehen Sachen in das Inventarium aufgenommen worden, welche zu dem Vermögen des Pflegbefohlnen nicht gehören, sofern er diesen Beweis durch klassische Zeugen oder durch vollkommen glaubwürdige Urkunden zu führen im Stande ist, sagt das Gesetz mit keinem Worte. Die Gesetze [99]) lassen ja auch den Beweis gegen ein Erbschafts-Inventarium zu, wenn die Gläubiger oder Legatare oder Fideicommissare behaupten, der Nachlaß des Verstorbenen belaufe sich höher, als das Inventar besagt. Mit Recht wird daher jene Meinung von den meisten Rechtsgelehrten [100]) verworfen.

nr. 56 — 59. *Pet. Franc.* Linglois L. Decision. Justin. ad L fin. Cod. Arbitr. tut. Qu. 3. pag. 217. Menochius de Praesumtion. Lib. VI. Praes. 97. *Jo. Jac.* Wissenbach Exercitat. ad Pand. Disp. LI. Th. 1. u. m. a.

99) *L.* 22. §. 10. *Cod. de iure deliberandi.* (VI. 30.) *Nov. I. Cap.* 2. §. 1.

100) S. *Reinh.* Bachov ad *Treutlerum* Vol. II. P. I. Disp. IV. Th. 10. Lit. C. *Jo.* Fuchs Tr. de inventario. Cap. X. nr. 12. *Jo.* Voet Commentar. ad Pand h. t. §. 5. *Wolfg. Ad.* Schöpff Diss. de probatione contra inventarium. (*Tubingae* 1732.) §. 6 — 8. *God. Lud.* Mencken Diss. de praesumtionibus iuris et de iure contrarii probationem admittentibus. (*Lipsiae* 1747.)

Daß übrigens die Errichtung des Inventariums auf Kosten des Pflegbefohlnen geschieht, ist keinem Zweifel unterworfen. [1]). Denn das Inventar wird in rem pupilli errichtet. Solche Kosten müssen dem Vormunde vergütet werden [2]), denn die Vormundschaft ist kein munus quod ad impensam pertinet, sagt Modestin [3]), und es liegt schon in dem Begriff eines *munus personale*, sagt Arcadius Charisius [4]), quod sine aliquo gerentis detrimento perpetretur, und führt dabey die tutela und cura als Beyspiel an.

§. 1331.

Befreyung von Errichtung eines Inventars.

In der Regel müssen nun alle Vormünder ohne Unterschied, sie mögen testamentarische, gesetzliche, oder Dativ-Vormünder seyn, noch vor dem Anfang der Verwaltung, ein In-

§. XVII. Ge. Ludw. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 1. B. 1. Abth. Resp. 29. Nr. 20. S. 234. u. m. a.

1) S. Montanus Cap. XXXII. Reg. 5. nr. 2. Müller ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exercit. XXXI. Th. 36. Not. γ. pag. 549. Lauterbach Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 10. und *Conr.* Rittershusius Jur. Justinian. P. VIII. Cap. 9. §. XV. nr. 18. in fin.

2) *L.* 3. §. *ult. D. de contr. tut. et utili act.* Deducuntur enim in tutelae iudicium sumtus, *quoscunque fecerit in rem pupilli*, sic tamen si ex bona fide fecit; und *L.* 33. §. *ult. D. h. t.* sagt. Quemadmodum principalibus constitutionibus declaratur, *sumtuum*, *qui bona fide in tutelam*, non qui in ipsos tutores fiunt, *ratio haberi solet.*

3) *L.* 6. §. 15. *D. de Excusation.*

4) *L. ult.* §. 1. *D. de munerib. et honorib.*

ventarium verfertigen [5]), und gegen alle findet im Unterlassungsfalle das iusiurandum in litem Statt [6]). Doch können zuweilen Entschuldigungsgründe eintreten, welche den sonst rechtlich anzunehmenden Dolus ausschließen, und gegen die Strafe des iurisiurandi in litem schützen [7]). Denn die Gesetze [8]) nehmen ausdrücklich den Fall aus: nisi forte aliqua necessaria et iustissima causa allegari possit, cur inventarium factum non sit. Man rechnet dahin z. B. Krankheit, oder sonst ein unabwendliches wichtiges Hinderniß [9]), Nachlässigkeit des früheren Vormundes [10]), auch Unkunde der Rechte bey solchen Personen, bey denen sie gewöhnlich ist, was man rusticitas zu nennen pflegt [11]). Diese Gründe entschuldigen jedoch nur gegen Verzögerung [12]). Es giebt aber auch Fälle, wo dem Vormunde die feyerliche Errichtung des Inventars ganz erlassen ist. Dahin gehört

1) wenn der Testator, der das Vermögen dem Pflegbefohlnen hinterlassen hat, dem Vormunde die Errichtung

5) S. Montanus Cap. XXXII. Reg. 5. nr. 1 — 5. und Fuchs Tr. de inventar. Cap. III. nr. 20.

6) S. Fuchs cit. Tr. Cap. III. nr. 36. et Cap. XI. nr. 15. et nr. 26 — 28.

7) Mevius Decision. Tom. II. P. VII. Decis. 282.

8) L. 7. pr. D. h. t.

9) Montanus Cap. XXXII. Reg. 5. nr. 94.

10) *Aug. a* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXXIII. medit. 13. Fuchs cit. Tr. Cap. III. nr. 30. et Cap. V. nr. 8.

11) Fuchs cit. Tr. Cap. III. nr. 222 — 228. et Cap. VIII. nr. 35. Montanus c. l. nr. 47.

12) Bachov ad Treutlerum. Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. 5. lit. E.

eines Inventariums nicht blos erlassen, sondern ausdrücklich untersagt hat [13]). Justinian hat in der oben angeführten *L. ult.* §. 1. *Cod. Arbitrium tutelae* diese Ausnahme selbst gebilliget, wenn er daselbst sagt: nisi testatores, qui substantiam transmittunt, specialiter inventarium conscribi vetuerint. Der Testator kann dazu seinen guten Grund gehabt haben, nämlich er wollte nicht, daß die Beschaffenheit seines Nachlasses und sein Schuldenzustand öffentlich bekannt werde; oder wie K. Alexander *L.* 2. *C. de alimentis pupillo praestand.* (V. 50.) sagt: ne secreta patrimonii et suspectum aes alienum pandatur, quod melius est interim taceri, quam cum de modo bonorum quaeritur, ultro proferri, et apud acta ius dicentis contra utilitatem pupillorum designari. Der Testator kann dieses daher jedem Vormunde verbieten, er sey testamentarischer, oder gesetzlicher oder Dativ-Vormund [14]).

Ob dem Testator dieses Recht noch heut zu Tage einzuräumen sey, wird von einigen Rechtsgelehrten [15]) nach der jetzigen Vormundschaftsverfassung, bezweifelt. Man sagt, das Römische Recht habe seinen Grund in der fast abergläubischen Befolgung der zwölf Tafeln, und in der strengen väterlichen Gewalt, und könne daher auf unsere

13) S. MONTANUS Cap. XXXII. Reg. 5. nr. 98. VOET Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 4. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. II. Cap. 16. und *Jo. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Pand. h. t. §. 9.

14) S. FUCHS Tr. de inventario. Cap. III. nr. 39 — 41. und MONTANUS c. l. nr. 99.

15) S. Just. Claproth theor. pract. Rechtswissenschaft von freywill. Gerichtshandlungen. §. 150.

Verfassung, nach welcher die Obervormundschaft des Richters alles ausmacht, um so weniger angewendet werden, als nach der ausdrücklichen Vorschrift der deutschen Reichsgesetze die Errichtung eines Güterverzeichnisses allen Vormündern ohne Ausnahme obliege. Allein man bedenke, daß in einer Verordnung des Kaisers Justinian dem Testator dieses Recht gestattet wird, zu dessen Zeit das Gesetz der XII Tafeln von dem Rechte der Testamente, und die Strenge der väterlichen Gewalt dergestalt beschränkt war, daß wohl kein Grund daher genommen werden kann, an der heutigen Anwendbarkeit des Römischen Rechts zu zweifeln. Auch haben die deutschen Reichsgesetze hierin nichts geändert. Sie bestätigen die Regel des Römischen Rechts, daß der Vormund, nach aufgetragener Verwaltung, von allen Gütern seines Pflegbefohlnen, ein Inventarium aufrichten soll. Gerade diese Regel ist auch in dem angeführten Römischen Gesetz aufgestellt, welches die Ausnahme enthält. In einem solchen Falle nun kann man, weil Abänderungen im Zweifel nicht anzunehmen sind, aus der Wiederholung der alten Regel nicht folgern, daß der Gesetzgeber damit die von dieser Regel geltenden Ausnahmen aufgehoben habe, wie Thibaut[16]) trefflich ausgeführt hat. Entscheidend ist hier der Ausspruch Papinians[17]): In toto iure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est. Der Gerichtsgebrauch läßt auch eine solche Verfügung des Testirers gelten[18]). Soviel ist indessen gewiß, daß in

16) S. Desselben civilistische Abhandlungen Nr. VII. S. 120. ff.

17) *L. 80. D. de div. Regg. iuris.*

18) S. Fried. von Bülow und Th. Hagemann's

einem solchen Falle dem Vormunde von dem obervormundschaftlichen Gerichte aufgegeben werden muß, ein genaues Privatverzeichniß von dem gesammten Vermögensnachlasse zu verfertigen, und solches nöthigen Falls mittelst Eides zu bestärken. Denn durch die Erlassung des Inventars ist dem Vormunde keineswegs die Nothwendigkeit Rechnung abzulegen erlassen worden. Diese konnte dem Vormunde gar nicht vom Testirer erlassen werden, weil ja sonst dem Vormunde der Weg zur Untreue geöffnet seyn würde [19]. Nemo enim, sagt Ulpian [20], ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus, nec mutare formam antiquitus constitutam. Nun läßt sich, ohne ein Güterverzeichniß zum Grunde zu legen, keine vollständige Rechnung führen. Es kann auch wohl das obervormundschaftliche Gericht sich über die Verfügung des Testirers ganz hinaussetzen, und den Vormund, der geschehenen Erlassung ungeachtet, zur Errichtung eines förmlichen Inventars anhalten, wenn es das Beste des Pflegbefohlnen nothwendig erfordert [21].

pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. B. Erört. XXXVII. §. 2. S. 288.

19) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 4. Vinnius Selectar. iuris Quaestion. Lib. II. Cap. 16. §. Illud eleganter quaesitum. Carpzov Jurispr. for. P. II. Const. XI. Def. 4. Fuchs cit. Tract. Cap. III. nr. 42. von Bülow und Hagemann angef. Erörterungen. a. a. O.

20) *L.* 5. §. 7. *D. h. t.*

21) Arg. *L.* 10. *D. de confirm. tut.* wo Tryphonin sagt: Utilitatem pupillorum Praetor sequitur, non scripturam testamenti. S. Montanus Cap. XXXII. Reg. 5. nr. 106 — 109. Müller ad *Struvium*. Exerc. XXXI. Th. 36. not. ξ. Perez Praelection. in Cod. h. t. nr. 3.

2) Auch der Richter kann zuweilen dem Vormunde die Errichtung eines Inventars erlassen, wenn eine rechtmäßige Ursache dazu vorhanden ist. Z. B. das Vermögen des Mündels ist so unbedeutend, daß die Kosten für die Errichtung des Inventars mehr betragen würden, oder es scheint nicht rathsam zu seyn, den Vermögenszustand des Pupillen bekannt werden zu lassen [22]. Hat der Pupill gar kein Vermögen, so muß der Vormund dieses wenigstens der Obrigkeit anzeigen [23]. Auch in einem solchen Falle, wo der Richter dem Vormunde die Verfertigung eines Inventars erläßt, muß, sofern Vermögen da ist, wenigstens eine eidliche Specification übergeben werden, und es kann im Weigerungsfalle auch hier das iusiurandum in litem Statt finden [24].

Hellfeld und Schaumburg [25]) wollen zwar auch die Mutter von der Errichtung eines feierlichen Inventariums freysprechen, und bey ihr eine eidliche Specification für hinreichend halten, wenn sie Vormünderin ihrer Kinder wird. Man glaubt die Liebe zu ihren Kindern befreye sie von dieser Nothwendigkeit. Allein diese Meinung wird

Fuchs cit. Tr. Cap. III. nr. 44. et 45. Lauterbach Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. XI.

22) Montanus o. l. nr. 97. pag. 315. Fuchs cit. Tr. Cap. III. nr. 48.

23) Fuchs cit. loc. nr. 52.

24) *Christ. Frid.* Schroeter Diss. de iurata specificatione. Cap. III. §. 5. Fuchs Cap. XI. nr. 15.

25) Compend. iuris Dig. h. t. §. 3. Unter den ältern Rechtsgelehrten besonders *Matth.* Berlich Decision. aur. P. II. Decis. 160. nr. 42. et 43.

jetzt, als ungegründet, allgemein verworfen[26]). Die Gesetze haben die Mutter nirgends von dieser Nothwendigkeit befreyet, es erhellet vielmehr aus der Novelle 94. welche blos von der Vormundschaft der Mutter handelt, das Gegentheil. Denn in dem Epilogus der Novelle wird es dem Praefectus urbis zur Pflicht gemacht, dahin zu sehen, ut in omni pupillari substantia omnis cautio in rebus minorum custodiendis adhibeatur, maxime inventarium cum diligentia conficiatur, etc. welches ohne allen Zweifel auch mit auf die Mutter sich bezieht. Daß der Vater, wenn er das peculium adventitium seiner noch in väterlicher Gewalt sich befindenden Kinder verwaltet, von Errichtung eines Inventars frey ist, hat seinen Grund darin, weil dem Vater, vermöge der väterlichen Gewalt, das Nutzungsrecht an dem Vermögen seiner Kinder zusteht, und er keine Rechnung über seine Verwaltung ablegen darf[27]). Dieß kann die Mutter auf sich nicht anwenden. Daß ihr gleiche Achtung, wie dem Vater, gebührt, kann also hier nicht in Betrachtung kommen. Man behauptet sogar, daß gegen sie, wie gegen jeden andern Vormund, das iusiurandum in litem Statt

26) S. Fuchs cit. Tr. Cap. III. nr. 24. Müller ad *Struvium.* Exercit. XXXI. Th. 36. Not. π. Montanus Cap. XXXII. Reg. 5. nr. 24. et 25. Carpzov Jurispr. for. P. II. Const. XI. Def. 5. Meier Colleg. Argentorat. Tom. II. h. t. §. 11. *Car. Matth.* Dabgener Diss. de inventarii confectione et rationum redditione, matri tutrici et heredi in dispositione patris inter liberos institutae, remissa invalida. *Lips.* 1724. §. 26—27. *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 19. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. B. I. §. 515.

27) S. den 14. Th. dieses Commentars. §. 909. S. 373.

finde, wenn sie ohne rechtmäßige Ursach die Errichtung eines Inventars zum Nachtheil ihrer Kinder vernachlässiget hat, und eine eidliche Specification kann den Mangel desselben keineswegs ergänzen [28]).

Nach deutschen Rechten ist zwar die Mutter in dem Falle, da sie von ihres verstorbenen Mannes Gütern den völligen Nießbrauch, und dabey nur die Verbindlichkeit hat, ihre Kinder aus des Mannes Gütern standesmäßig zu erziehen, von Ablegung der Rechnung frey, weil das Recht des Nießbrauchs, und die Verbindlichkeit Rechnung von den erhobenen Nutzungen abzulegen, mit einander nicht bestehen können [29]; allein ein Inventar muß sie dennoch wegen der den Kindern dereinst zu restituirenden Güter errichten [30]).

28) Fuchs Cap. XI. nr. 27. Carpzov P. III. Decis. 265. nr. 4. Müller ad *Struvium* c. l. not. π. nr. I. und Montanus c. l. nr. 27. 28.

29) S. *Jo. Gottl.* Heineccius de usufructu materno iuris German. §. XXXVII. (in *Opusc. varior. Syllog.* Exercitat. XV. pag. 610. sq.) *Christph. Lud.* Crell Diss. de tutore aneclogisto, et quando rationes tutelae reposci nequeant. (*Vitemb.* 1741.) §. 2. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 47. §. 18. et 19. *Aem. Lud.* Homberck zu Vach Diss. de fatis, statu et conditione ususfructus materni in Hassia. *Marburgi* 1778. 4. §. XXXVII. und Joh. Steph. Pütter's auserlesene Rechtsfälle 2. B. 3. Th. Resp. CCXXV. nr. 26. S. 778. Ein Beyspiel giebt die Fränkische Landgerichtsordnung 3. Th. Tit. 4. §. 6.

30) S. Heineccius cit. Exercit. §. XXXIV. Pufendorf c. l. §. 21. sqq. et Obs. 86. §. 7. und Danz Handbuch des heut. deutschen Privatrechts. 7. B. §. 631.

§. 1331. a.

Ergänzung.

Ich komme, ehe ich diesen Paragraphen verlasse, nochmals auf den Fall zurück, wenn der Testirer, von dem das Vermögen dem Pupillen hinterlassen worden ist, dem Vormunde die Errichtung eines Inventars verboten hat, von welchem Justinian in der *L. ult.* §. 1. *Cod. Arbitrium tutelae* spricht. Daß dieses Recht nicht blos dem Vater des Pupillen, wie einige neuere Rechtslehrer behaupteten, sondern jedem Testirer, von welchem das Vermögen des Pupillen herrührt, nach den ganz deutlichen Worten der Constitution zustehe, hat Herr Prof. Marezoll [31]) aufs neue dargethan, obwohl eben dieses schon von allen oben [32]) von mir angeführten ältern Rechtsgelehrten behauptet wurde. Auch der Scholiast zu den Basiliken [33]) bemerkt dieses bey unserer Constitution, wenn er sagt: *Οὐκ εἶπεν οἱ πατέρες, ἀλλ᾽ οἱ τὴν οὐσίαν παραπέμψαντες.* i. e. *Non dixit, patres, sed qui bona transmiserunt.* Er führt auch Beyspiele von der Mutter und dem Patron an, wenn diese dem eingesetzten Kinde, oder Freygelassenen einen Tutor ernennen: *ἴσμεν γάρ*, fährt der Scholiast fort, *ὅτι καὶ μήτηρ γράψασα κληρονόμον τὸν υἱὸν, καλῶς αὐτῷ ἐπίτροπον καταλιμπάνει. καὶ πάτρων γράψας κληρονόμον*

31) Bemerkungen, Zweifel und Vermuthungen über einzelne Fragen aus dem Röm. Civilrechte (v. Grolman und v. Löhr Magazin für Rechtswiss. u. Gesetzgeb. IV. B. 2. u. 3. Heft. Nr. XIX. §. 12. S. 394—396.)

32) S. die Note 13. S. 204.

33) *Basilic. Lib. XXXVIII. Tit. 3. Const. 38.* Sch. e. (Tom. V. Fabroti pag. 89.)

τὸν ἀπελεύϑερον ἐπίτροπον αὐτῷ δυνάται καταλειψαι. i. e. *Scimus enim, etiam matrem filio heredi instituto recte tutorem dare, et patronum liberto heredi instituto tutorem dare posse.* Daß aber auch ein jeder anderer Testator (extraneus) der einen Pupillen, welcher sonst gar kein Vermögen hat, zum Erben einsetzt, diesem einen Tutor ernennen könne, ist schon an einem andern Orte [34]) ausgeführt worden. Er kann ihm also auch nach unserer Constitution die Errichtung eines öffentlichen Inventars erlassen. Allein noch weiter ging ich oben, wo ich behauptet habe, daß nicht nur jeder Testirer, der dem Pupillen Vermögen hinterläßt, sondern jeder Testirer auch jedem Vormunde, ohne Rücksicht, ob er ihn selbst in seinem Testamente ernannt hat, oder ob er vom Gesetz berufen, oder von der Obrigkeit bestellt worden, für das von ihm herkommende Vermögen, die Errichtung eines Inventariums verbieten könne. Auch dieser Meinung stimmt Marezoll bey, welcher sie noch mit dem Grunde unterstützt, daß die Constitution ganz allgemein von testatoribus rede, qui substantiam transmittunt, ohne die testamentarische Bestellung des Vormundes zu erwähnen. Nur ein Zweifel ist jedoch von mir noch zu beseitigen übrig, welcher die Frage betrifft, ob nicht der Vormund, welchem der Testator die Errichtung eines öffentlichen Inventars untersagt hat, wenigstens ein Privatverzeichniß von dem seinem Mündel hinterlassenen Vermögen zu verfertigen, und solches nöthigen Falls mittelst Eides zu bestärken schuldig sey? Ich habe oben diese Frage bejahend entschieden. Mein Entscheidungsgrund war, weil einem solchen Vormunde die Nothwendigkeit der Rechnungsablegung dadurch weder erlassen worden sey,

34) S. den 29. Th. §. 1310. S. 263. f.

noch habe erlassen werden können. Ich habe auch für diese Meinung mehrere beystimmende Rechtsgelehrten angeführt, und was wenigstens den angegebenen Grund anbetrifft, so lehren auch die neuesten Rechtsgelehrten [35]), daß die Erlassung des Inventars den Vormund nicht von der Verpflichtung entbinde, Rechnung abzulegen. Allein Christoph Lud. Crell [36]), ein Rechtslehrer, welcher zu seiner Zeit die Zierde der Wittemberger Universität war, greifft gerade diesen Satz an. Er sagt, die dem Vormunde erlassene Rechnungs-Ablegung sey nicht ohne Wirkung. Die Wirkung bestehe darin. Erstens, der Vormund dürfe nun nur für den Dolus haften, Julian sage in der oben von mir angeführten *L.* 5. §. 7. *D. h. t.* er könne nur dann verurtheilt werden, wenn er nicht bey der Verwaltung der Vormundschaft bonam fidem prästirt habe. Es sey ihm also hiermit die Verpflichtung zu dem sonst erforderlichen Fleiße erlassen, ut negligentiae ratio non habeatur, wie Marcian *L.* 119. *D. de legatis I.* in einem ähnlichen Falle sage. Damit stimme auch Papinian überein, welcher *L.* 41. *D. h. t.* sage, der Vormund, dem die Rechnung erlassen worden, hafte nicht für Culpa. Zweytens von einem solchen Vormunde werde nicht die Form und Pünktlichkeit verlangt, die sonst bey Ablegung einer Vormundschaftsrechnung nach Callistratus *L.* 82. *D. de condit. et demonstrat.* erfordert werde, nämlich daß eine förmliche Rechnnng über Einnahme und Ausgabe übergeben, und diese einer genauen Prüfung unterworfen werden müsse. Es sey genug, wenn in einem solchen

35) S. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. I. B. §. 515. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. B. §. 409.

36) Diss. cit. de tutore aneclogisto. §. 8.

Falle der Vormund nach geendigter Vormundschaft nur in solle das noch übrige Vermögen seines gewesenen Mündels offerire, mit der Versicherung, er habe dasselbe bona fide verwaltet. Dieß müsse man dem Vormunde glauben. Entstehe darüber Zweifel, so liege dem gewesenen Mündel, oder desselben Erben der Beweis ob, daß der Vormund schlecht gewirthschaftet habe, oder mehr zu dem Vermögen gehöre, als er restituirt hat.

Allein dagegen ist zu erwägen. Erstens, daß alle vom Crell angeführten Gesetzstellen unsern Fall gar nicht betreffen. Sie sprechen theils von dem Falle, wenn ein Herr in seinem Testament verboten hat, von seinem Sclaven Rechnung zu fordern [37]), theils von dem, wenn der gewesene Mündel selbst die Rechnungsablegung dem Vormunde erließ [38]). Bey dem Vormund aber gehört die Rechnungsablegung, wie die *L.* 5. §. 7. *D. h. t.* sagt, zum ius publicum, quod remittere nequit testator in detrimentum pupilli, nec mutare formam antiquitus constitutam [39]). Es schließt auch das *bonam fidem praestare*, die praestatio culpae keinesweges aus, wie aus andern Gesetzstellen erhellet [40]). Muß also der Vormund dennoch Rechnung ablegen, wie ältere und neuere

37) *L.* 119. *D. de legat. I.*

38) *L.* 41. *D. h. t.*

39) S. *Ant.* Merenda Controvers. iuris Lib. VIII. cap. 10. und *Bav.* Voorda Thes. controversar. Decad. XX. §. 1. sq.

40) Man vergleiche nur *L.* 10. *pr. D. Mandati* mit *L.* 11. *L.* 13. und *L.* 23. *Cod. eodem.* Besonders *L.* 51. §. 1. *et* 2. *D. pro socio.* S. Hasse die Culpa des Röm. Rechts. §. 93.

Rechtsgelehrte als unbezweifelt annehmen, weil die Obrigkeit hier selbst von den Gesetzen [41]) angewiesen ist, mehr utilitatem pupillorum, als scripturam testamenti zu berücksichtigen; so kann sich derselbe auch der Verbindlichkeit nicht entziehen, zum Behuf dieser Rechnung, wenigstens ein Privatverzeichniß von dem verwalteten Vermögen seines Mündels zu verfertigen. Denn wie soll beurtheilt werden, daß der Vormund bonam fidem prästirt, das ist, treulich hausgehalten habe, wenn er nicht wenigstens ein solches Privatverzeichniß verfertiget, woraus zu ersehen ist, worin das Vermögen des Pupillen besteht? Würde sich nicht der Vormund gerade dadurch verdächtig machen, wenn er die Edition eines solchen Privatverzeichnisses verweigern wollte? Eine solche Privatdesignation kann ja sogar von dem verlangt werden, dem der Testirer die Ablegung der Rechnung erlassen hat, und gültig erlassen konnte [42]), damit man wisse, was der Verwalter des Vermögens zu restituiren habe. Sollte also wirklich die Meinung eines Vinnius, und mehrerer anderer angesehener Rechtsgelehrten, der auch ich aus voller Ueberzeugung beygetreten bin, ohne Grund seyn, wenn er annimmt, der Vormund, dem der Testirer die Errichtung eines öffentlichen Inventars untersagt hat, müsse wenigstens eine Privatdesignation verfertigen [43])?

41) *L.* 10. *D. de confirm. tut.*

42) *L.* 31. §. 1. *D. de liberat. legata.*

43) Gleichwohl hat von Wening-Ingenheim noch in der neuesten Ausgabe seines trefflichen Lehrbuchs des gemeinen Civilrechts (München 1828.) 2. B. 4. B. §. 407. Not. r. dem Vinnius dieses zum Vorwurf gemacht.

§. 1332.

Amt des Vormundes 1) im Allgemeinen, 2) besonders in Ansehung der Person des Pflegbefohlnen.

Das Amt eines Vormundes besteht, wie Hugo Donellus[44]) sagt, aus *officium* und *potestas*. Pflicht des Vormundes ist es, dasjenige zu thun, was Schutz der Person des Pflegbefohlnen, und haushälterische Verwaltung seines Vermögens erfordert. Dieß ist derjenige Theil der Amtsverwaltung eines Vormundes, welchen die Gesetze[45]) mit dem Namen *officium* bezeichnen. Versäumniß desselben hat das periculum tutelae zur Folge, und begründet die Klage aus der Vormundschaft. Dieses officium wird nun aber durch die potestas des Vormundes bedingt, welche nothwendig ist, um dasjenige, was zu seiner Amtsverwaltung gehört, geltend zu machen. Diese *potestas* besteht in Ansehung der Tutel, wie Ulpian[46]) lehrt, aus zwey Bestandtheilen, dem Auctoriren, und dem Geriren, d. h. es äußert sich 1) in dem Recht des Vormundes, die Person des Pupillen durch seine Auctorität, oder Vollwort zu ergänzen und 2) in der Macht seine Geschäfte zu besorgen. Das officium tutoris hat also eine doppelte Beziehung. Es betrifft theils die Person des Pflegbefohlnen, theils das Vermögen desselben[47]).

44) Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 12. §. 2. (Vol. II. edit. *Koenig*. pag. 152.)

45) *L.* 7. §. 1. *L.* 30. *L.* 33. §. 1. *L.* 36. *D. de administr. et peric. tutor.*

46) *Fragm. Tit. XI.* §. 25. S. von Löhr über die röm. Begriffe von Tutel und Curatel §. 6. (im Magazin 3. B. S. 28.)

47) Darauf geht auch der Eid des Vormundes nach Vorschrift der R. Policey Ordn. vom J. 1577. Tit. XXXII.

I) In Rücksicht der Person kommt A, bey der Tutel dem Vormunde officium und potestas zu. Denn 1) ist es nach Marcellus[48]) eine vorzügliche Pflicht des Vormundes, seinen Mündel auf jede Art zu vertheidigen, denselben gegen Beleidigungen von Andern zu schützen, und ihn vor Gericht zu vertreten[49]). Er darf nur keinen vergeblichen Proceß anfangen, sonst muß er alle daraus entspringenden nachtheiligen Folgen tragen[50]). Der Vor-

§. 3. „daß er seinen Pflegkindern, und ihren Gütern getreulich und ehrbarlich vorseyn, ihre Personen und Güter versehen und verwahren wolle."

48) *L.* 30. *D. h. t.* Tutoris praecipuum est officium, *ne indefensum pupillum relinquat.*

49) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* Ulpian *libro XXXV. ad Edictum:* Sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi iudicium suscipiant, sive pupillus ipsis auctoribus. Ebenderselbe sagt *L.* 10. *D. eodem.* Generaliter quotiescumque non fit nomine pupilli, quod quivis paterfamilias idoneus facit, non videtur defendi. Sive igitur solutionem, sive iudicium, sive stipulationem detrectat, defendi non videtur. S. Donellus Lib. XV. Cap. 19. §. 9. (Vol. IX. edit. *Koenig* a perill. Buchero contin. pag. 174. sq.)

50) *L.* 9. §. 6. *D. h. t.* Ulpian. *libro XXXVI. ad Edict.* Denique Imperator Antoninus cum patre suo etiam honoraria eos imputari pupillo prohibuit, *si supervacaneam litem instituissent*, quum convenirentur a vero creditore, nec enim prohibentur tutores bonam fidem agnoscere. *L.* 6. *C. h. t.* Imp. Alexander. Non est ignotum, tutores vel curatores adolescentium, si nomine pupillorum vel adultorum scienter calumniosas instituant actiones, eo nomine condemnari oportere: ne sub praetextu nominis eorum propter suas simultates secure lites suas exercere posse existiment. S.

mund hat ferner 2) für die Kosten des Unterhalts und einer den Anlagen und übrigen Verhältnissen seines Pflegbefohlnen entsprechenden Erziehung und Bildung desselben zu sorgen [51]), wobey jedoch in verschiedenen Beziehungen die Obrigkeit concurrirt, wie der Titel: *Ubi pupillus educari et morari debeat* (XXVII. 2.) lehren wird. Die Erziehung des Pflegbefohlnen selbst gehört zwar nicht zu den wesentlichen Pflichten des Vormundes, sondern wird, sofern der Vater darüber nichts in seinem Testamente bestimmt hat, meist von der Obrigkeit geordnet, welche nicht nur den Erzieher des Pupillen wählt, sondern auch die Art und Weise der Erziehung, so wie die darauf zu verwendenden Kosten festsetzt [52]). Ein Verbot, dem Vormunde selbst die Erziehung zu überlassen, findet sich jedoch in dem Römischen Rechte nicht. Nur soll dem gesetzlichen Vormunde des Pupillen, weil dieß gewöhnlich auch sein nächster Erbe ist, die Erziehung desselben nicht ohne Vorsicht überlassen werden. Denn so weislich auch die Gesetze

Schlosser Diss. de officio tutorum circa lites pupillorum. *Alt.* 1762.

51) *L.* 12. §. 3. *D. h. t.* Paulus *libr. XXXVIII. ad Edictum.* Quum tutor non rebus duntaxat, sed etiam *moribus pupilli* praeponatur, in primis mercedes praeceptoribus, non quas minimas poterit, sed *pro facultate patrimonii*, *pro dignitate natalium* constituet.

52) *L.* 1. *L.* 2. *L.* 3. *L.* 5. *D. Ubi pupill. educari deb.* *L.* 1. *et* 2. *Cod. eodem.* (V. 49.) *L.* 2. *C. de alimentis pupillo praest.* (V. 50.) S. Donellus Commentar. Lib. III. cap. 12. §. 4. et Lib. XV. Cap. 19. §. 7. et 8. Besonders Burchardi gemeinschaftliches Erziehungsrecht. (im Archiv für die civilist. Praxis, herausgeg. von Löhr, Mittermaier und Thibaut. 8. B. Nr. VIII. S. 164. ff.)

von der einen Seite für das Beste des Pupillen gesorgt haben, daß sie ihm gerade den zum Vormund geben, welcher wegen der nächsten Hoffnung, den Pupillen dereinst zu beerben, auch ein besonderes Interesse an der Erhaltung seines Vermögens hat; so bedenklich schien es ihnen doch auch auf der andern Seite zu seyn, einem solchen Vormunde, der als nächster Erbe des Mündels, ein gleiches Interesse an dem Tode desselben hat, den Pupillen aufs Gerathewohl zur Erziehung zu übergeben. Daher rescribirten die Kaiser Diocletian und Maximian in der *L. 2. Cod. Ubi pupilli educari debeant.*

Utrum nepos tuus ex filia apud te, an apud patruum suum morari debeat, ex singulorum affectione, et *qui magis ad suspicionem ex spe successionis propior sit*, aestimabitur.

Wenn hier die Kaiser auch selbst die Großmutter nicht als ganz unverdächtig angesehen haben; so hat sich doch dieses Mißtrauen nie bis auf die Mutter erstreckt. Vielmehr verordnen die Gesetze [53]) ausdrücklich, daß wenn der Pupill eine zur Erziehung fähige Mutter hat, derselbe bey ihr erzogen werden solle, wenigstens solange sie nicht zur andern Ehe schreitet.

Educatio pupillorum tuorum nulli magis, quam matri eorum, si non vitricum eis induxerit, committenda est,

so rescribirte der K. Alexander [54]). Hier ist also

53) *L. 1. C. Ubi pupilli educ. deb.* (V. 49.) *Nov. XXII. Cap.* 38. *Nov. CXVIII. Cap.* 5.

54) Uebereinstimmend ist das Ostfriesische Landrecht 2. B. Kap. 243. in welchem es heißt: „Obwohl die nächsten Freunde über die elterlose Kinder Vormünder seyn

Vormundschaft und Erziehung des Kindes in einer Person vereiniget. Eben dieses würde auch in dem, jedoch bey uns seltneren Falle, geschehen, wenn ein Vater sein noch unmündiges Kind emancipirt hat. Auch hier ist der Vater gesetzlicher Vormund und Erzieher seines Kindes[55]). Nothwendig ist es aber nicht, daß Vormundschaft und Erziehung des Mündels in einem Subject vereinigt sind. Meist ist Beydes getrennt. Der Schluß, den Cujaz[56]) von der Tutel auf die Erziehung des Pupillen macht, ist daher ganz ungegründet, wie schon längst Ulrich Huber[57]) gezeigt hat. Die Sorge für die Erziehung, auch wenn sie einem Andern aufgetragen ist, steht jedoch, so wie die Aufsicht über den Erzieher des Mündels, dem Vormunde desselben sowohl nach Römischen[58]) als Deutschen Rechten[59]) zu.

müssen, nachdem sie der Kinder nächste Erben sind; so sollen die Kinder dennoch bey denselben nicht auferzogen werden, weil zu befürchten, daß sie den Tod der Kinder, um ihr Gut zu bekommen, begehren möchten. Die Kinder sollen bey der Mutter auferzogen werden, wenn sie sich nicht anderweit verheyrathet."

55) S. Burchardi gemeinrechtliches Erziehungsrecht. (im Archiv für die civilist. Praxis. 8. B. S. 169 ff.)

56) Observation. Lib. VI. cap. 29.

57) Digression. Justinian. P. I. Lib. III. Cap. 5. §. 3. pag. 183. sq.

58) S. de Berger Oecon. iur. Lib. I. Tit. IV. Th. X. Not. e. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 668. Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 328. von Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts. 2. B. IV. B. §. 406.

59) S. die Frankfurter erneuerte Reformation v. J. 1578. Th. VII. Tit. 4. §. 3. Churpfälzische

Zur Erziehung gehört nun aber nicht blos Versorgung des Pupillen mit Kost und Kleidung, sondern auch die Sorge für die Bildung desselben durch Religions- und wissenschaftlichen Unterricht nach dem Verhältniß seines Standes. Letztere wird den Vormündern in den deutschen Vormundschaftsordnungen zur vorzüglichen Pflicht gemacht. In Betreff der Religion geht es nach dem Grundsatz, daß eheliche Kinder in der Religion des Vaters zu erziehen sind; uneheliche Kinder dagegen in der Religion der Mutter, sie mag nun entweder selbst die Erziehung haben, oder ein Anderer [60]). Daher muß, soviel möglich, ein solcher zum Erzieher des Pflegbefohlnen bestellt werden, welcher der Religion desselben zugethan ist [61]).

Dem Vormunde steht aber auch 3) die Macht zu, diejenigen Geschäfte seines Mündels durch seine Auctorität gültig zu machen, oder zu genehmigen, welche den Zustand seiner Person und dessen Veränderung betreffen. Z. B. wenn sich der Pupill will arrogiren lassen. Hier müssen sogar, wenn der Vormünder mehrere sind, alle ihre Auctorität ertheilen [62]). Heyrathet die Pflegbefohlne,

Landes Ordn. v. J. 1590. Tit. 3. §. 15. Katzenellenbogener LandRecht. 2. Th. Tit. 8. §. 6. Fränkische Landgerichtsordn. 3. Th. Tit. 13. Allgemein. Preuß. Landrecht. 2. Th. Tit. 18. §. 308. Oesterreich. Civil-Gesetzbuch 1. Th. 4. Hauptst. §. 216. S. Mittermaier's Grunds. des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 372.

60) S. Burchardi Erziehungsrecht, im Archiv für die civil. Prax. a. a. O. S. 189.

61) *J. H.* Boehmer Introd. in ius Dig. P. II. h. t. §. 13. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 520.

62) *L. ult. C. de auctoritate praest.* (V. 59.) Imp. Ju-

so muß der Vormund nicht nur die Dos constituiren, sondern auch die Kosten zur Hochzeit aufbringen [63]); so wie auch bey den Sponsalien des Mündels sein Vollwort geben [64]).

B) Bey der Curatel läßt sich zwar im Allgemeinen nicht bestimmen, wie weit sich officium und potestas des Curators in Rücksicht der Person des Pflegbefohlnen erstrecke; denn dieses richtet sich nach der einzelnen Art der Curatel. Soviel ist jedoch gewiß, daß hier mehr das officium als die potestas in Betrachtung kommt, doch möchte ich nicht mit Donellus [65]) sagen: Potestas curatoris in personam eius, qui eius curae commissus est, citra controversiam nulla est. Denn der Grund: *Curator rei et bonis datur, non personae, aliter atque tutor*, ist längst widerlegt [66]). Schon das Gesetz der XII Tafeln, welches Donellus selbst an einem andern Orte [67]) anführt: *Si furiosus existit, agnatorum gentiliumque* IN EO *pecuniaque eius potestas esto* [68]), widerlegt diese Mei-

STINIANUS. Si pupillus in arrogationem se dare desiderat, — necesse est, omnes suam auctoritatem praestare, ut, quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur.

63) *L.* 52. *D. h. t.* NERATIUS *libro I. Responsorum.* Curator pro minore non tantum dotem dare debet, sed etiam impendia, quae ad nuptias facienda sunt.

64) *L.* 6. *L.* 14. *D. de Sponsalib.*

65) Commentar. Lib. III. Cap. 21. §. 2.

66) S. von Löhr über die Röm. Begriffe von Tutel und Curatel §. 3. ff. (im Magazin 3. B. S. 15. ff.)

67) Comm. I. C. Lib. III. cap. 1. §. 8. et cap. 2. §. 8.

68) CICERO *de invent. rhetor.* Lib. II. cap. 50. und *Auctor ad Herennium* Lib. I. cap. 13.

nung. Der Curator eines furiosus hat nicht blos das Vermögen seines Pflegbefohlnen zu verwalten, sondern er muß auch die Person desselben schützen, und für das körperliche Wohl desselben sorgen, wie Julian [69]) lehrt. In jedem Falle steht auch der Curator rücksichtlich der Sorge für Alimente, wo diese nämlich eintreten kann, dem Tutor gleich. Ulpian sagt *libro I. de omnibus tribunalibus* [70]): Ius alimentorum decernendorum pupillis Praetori competit, ut ipse moderetur, quam summam tutores vel curatores ad alimenta pupillis vel adolescentibus praestare debeant. Selbst der Curator ventris muß für die Alimentirung und Verpflegung der schwangern Wittwe sorgen, wie Ulpian [71]) sagt: Mulier autem in possessionem missa ea sola, sine quibus foetus sustineri, et ad partum usque produci non possit, sumere ex bonis debet, et in hanc rem curator constituendus est, qui cibum, potum, vestitum, tectum mulieri praestet pro facultatibus defuncti, et pro dignitate eius atque mulieris. Bey der cura minorum und prodigorum kann zwar der Pflegbefohlne in Beziehung auf rein persönliche Verhältnisse, selbstständig handeln, ohne an die Zustimmung des Curators gebunden zu seyn. Selbst bey der Arrogation dessel-

69) *L.* 7. *pr. D. de curatorib.* (XXVII. 10.) Julian. *libro XXI. Digestor.* Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, *sed et corpus et salus furiosi.* S. *Jac.* Cujacii Commentar. in Lib. XXI. Digest. Salvii Juliani ad h. L. (*Oper. postumor.* a Fabroto editor. Tom. III. pag. 147.)

70) *L.* 3. *pr. D. Ubi pupill. educari deb.*

71) *L.* 1. §. 19. *D. de ventre in possess. mitt.*

ben war vor dem Kaiser Claudius die Einwilligung des Curators eben so wenig, als bey der Verheyrathung des Curanden, nöthig [72]). Allein das Erstere ist, wie Modestin [73]) sagt, unter dem Divus Claudius geändert worden. Nach dessen Verordnung ist jedoch nur bey der Arrogation die Einwilligung des Curators nöthig, aber nicht bey der Verehelichung des Curanden [74]). Bey dieser ist die Zustimmung des Curators nur in so weit nöthig, als das Vermögen des Pflegbefohlnen dabey in Berührung kommt, z. B. bey der Bestellung einer Brautgabe [75]). Der Curator muß endlich auch seine Einwilligung geben, wenn sein Curand vor Gericht streiten will [76]). Denn so wenig ein Pupill ohne Auctorität seines Vormundes, eben so wenig kann ein Minderjähriger ohne Consens seines Curators vor Gericht handeln, wenn nicht das ganze Proceßverfahren, ja selbst das gegen denselben gesprochene richterliche Erkenntniß null und nichtig seyn soll [77]).

72) S. *Abr.* Wibling Lection. iuris civ. Lib. II. Cap. 8. pag. 114.

73) *L.* 8. *D. de adopt.* Quod, ut nec *curatoris auctoritas* (i. e. consensus S. Wibling c. l.) intercederet *in adrogatione*, ante tenuerat, sub Divo Claudio recte mutatum est.

74) *L.* 20. *D. de ritu nupt.* *L.* 8. *C. de nupt.*

75) *L.* 9. *Cod. h. t.* *L.* 3. *C. de in int. restitut. minor.* (II. 22.) S. von Wening-Ingenheim Lehrb. des gemein. Civilrechts 2. B. 4. B. §. 406.

76) *L.* 2. *Cod. Qui legitimam person. standi in iudicio hab. vel non.* (III. 6.)

77) *L.* 1. *Cod. eodem.* *L.* 1. *Cod. Qui petant. tutor. vel curator.* (V. 31.) §. 2. *I. de curatorib.* (I. 23.)

§. 1333.

3) Amt des Vormundes in Ansehung der Vermögensverwaltung a) im Allgemeinen. Tutores et curatores loco domini habentur.

Endlich III. in Ansehung der Vermögensverwaltung haben Tutoren und Curatoren, sofern nämlich letztere nicht zur bloßen custodia bonorum, oder nur zu einem einzelnen Geschäfte bestellt sind, sondern ein ganzes Vermögen verwalten, wie z. B. der curator furiosi, prodigi, minoris, pupilli[78]), eine völlig gleiche potestas, d. h. gleiche Rechte[79]). Wenn also ein Gesetz auch nur von Pupillen und deren Tutoren redet, so sind mit den Tutoren doch auch zugleich die Curatoren verbunden[80]), und was die Gesetze von der Gewalt der Tutoren in Ansehung der Vermögensverwaltung ihrer Mündel verordnet haben, das gilt auch von den Curatoren, quibus plena rerum administratio commissa est[81]).

78) *L.* 48. *D. h. t.*

79) S. Donellus Commentar. I. C. Lib. III. Cap. 21. §. 3. und von Löhr über die Röm. Begriffe von Tutel und Curatel. §. 9. (im Magazin 3. B. S. 41—69.)

80) *L.* 8. §. 1. *D. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt.* (XXVII. 9.) Ulpianus *libro II. de omnibus tribunalib.* Sed si curator sit furiosi, vel cuius alterius non adolescentis: videndum est, utrum iure veteri valebit venditio, an hanc orationem admittemus? Et puto, quia *de pupillis* Princeps loquitur, *et coniunctim tutoribus curatores accipiuntur*, pertinere.

81) *L.* 4. §. 25. *D. de doli mali et met. except.* (XLIV. 4.) Quae *in tutore* diximus, *eadem in curatore quoque furiosi dicenda erunt: sed et in prodigi vel minoris viginti quinque annis.*

Die ganze potestas der Vormünder, welche ihnen bey Verwaltung des Vermögens ihrer Pflegbefohlnen zusteht, beruht nun auf dem Grundsatze des Civilrechts, daß Tutoren, und nach dem Beyspiele derselben auch Curatoren, in Beziehung auf die Administration, wie Eigenthümer der Güter ihrer Pflegbefohlnen, oder als Stellvertreter derselben zu betrachten sind [82]). Die hierher gehörigen Gesetzstellen sind.

L. 27. *D. h. t.* PAULUS *libro VII. ad Plautium.* Tutor, qui tutelam gerit, *quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet.*

L. 7. §. 3. *D. pro emtore.* (XLI. 4.) JULIANUS *libro XLIV. Digestorum.* Si tutor rem pupilli sui surripuerit, et vendiderit, usucapio non contingit, priusquam res in potestatem pupilli redeat: *nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, quum tutelam administrat*, non quum pupillum spoliat.

L. 56. § 4. *D. de furtis.* (XLVII. 2.) JULIANUS *libro XXII. Digestorum.* Qui tutelam gerit, transigere cum fure potest: et si in potestatem suam redegerit rem furtivam, desinit furtiva esse: *quia tutor domini loco habetur.* Sed et *circa cura-*

82) S. *Ant. Dad.* ALTESERRAE de fictionibus iuris Tract. VI. Cap. 13. §. 1. pag. 248. et Tr. VII. Cap. 3. §. Tutor. pag. 293. (edit. *Eisenhart. Halae et Helmstad.* 1769. 8.) DONELLUS Commentar. de I. C. Lib. III. cap. 12. §. 5—27. *Christ. Gottl.* HAUBOLD Historiae iuris civ. Rom. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt sine decreto non alienandis Specim. I. (*Lips.* 1798. 4.) Cap. I. §. 5. pag. 21—23. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 244. S. 916. und §. 246. S. 928. vorzüglich von Löhr a. a. O.

torem furiosi eadem dicenda sunt: *qui adeo personam domini sustinet, ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur. Condicere autem rem furtivam tutor et curator furiosi eorum nomine possunt.*

L. 157. *pr. D. de divers. Reg. iur.* ULPIANUS *libro LXXI. ad Edictum.* Ad ea, quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis, vel his, qui *vice dominorum* sunt, veluti *tutoribus et curatoribus*, obtemperaverint.

Diese Stellvertretung hat ihren Grund in einer rechtlichen Nothwendigkeit, 1) weil der Vormund das Vermögen solcher Personen verwaltet, die entweder wegen Mangels des Verstandes gar nicht selbst handeln können, sondern für welche der Vormund allein handeln muß, wie infantes und furiosi [83]), oder welche darum nicht selbst verwalten können, weil ihnen die Verwaltung ihres Vermögens entzogen ist, wie die prodigi und minores [84]); 2) weil auch bey der Verwaltung der Vormundschaft solche Geschäfte vorkommen, die Niemand vornehmen kann, als welcher entweder selbst Eigenthümer ist, oder von dem Eigenthümer einen besondern Auftrag erhalten hat, wie z. B. Veräusserung [85]), Proceßführung vor Gericht [86]), Erhebung von Zahlungen, wodurch die Schuldner befreyt werden [87]) u. dgl. Ein Tutor sowohl als ein Curator ist

83) *L.* 1. §. 2. *D. h. t. L.* 5. *L.* 40. *D. de div. Reg. iuris.*

84) *L.* 3. *C. de in int. restit. minor.* (II. 22.)

85) *L.* 9. §. 3. *et* 4. *D. de acquir. rer. dom.*

86) *L.* 46. §. 2. *D. de procurator. L.* 6. §. 12. *D. de negot. gest.*

87) *L.* 12. *pr. D. et L.* 12. *Cod. de solutionib.*

zu dem Allen schon kraft seiner Ernennung befugt, und darf also nicht erst einen besondern Auftrag abwarten, um für seinen Pflegbefohlnen so zu handeln, wie dieser selbst es müßte. Der Vormund darf daher

1) Veräusserungen vornehmen, soweit sie mit der Administration in Verbindung stehen, und in sofern können sie von dem Pupillen nicht angefochten werden. Er darf also freylich nichts von dem Vermögen des Pflegbefohlnen verschenken, noch solche Handlungen vornehmen, die nicht zur Verwaltung gehören, wie z. B. Manumissionen, oder Dedicationen. Solche Handlungen sind nichtig, wofern nicht etwa dem Bevormundeten ein bedeutender Vortheil daraus erwachsen wäre.

L. 16. *C. h. t.* Impp. Diocleт. et Maxim. AA. Non omni titulo res pupilli potestatem alienandi tutores habent: sed *administrationis tantum causa distrahentes,* quae eis venundare licet, iustam causam possidendi comparantibus praestant.

L. 12. §. 1. *D. eodem.* Paulus *libro XXXVIII. ad Edictum.* Quae bona fide a tutore gesta sunt, rata habentur etiam ex rescriptis Trajani et Hadriani: et ideo pupillus rem a tutore legitime distractam vindicare non potest. Nam et inutile est pupillis, si administratio eorum non servatur: nemine scilicet emente, nec interest, tutor solvendo fuerit, nec ne: cum si bona fide res gesta est, servanda sit, si mala fide, alienatio non valeat.

L. 12. *D. de curatoribus furioso et aliis dandis.* (XXVII. 10.) Marcellus *libro I. Digestorum.* Ab agnato vel alio curatore furiosi rem furiosi *dedicari* non posse constat. Agnato enim furiosi non

usquequaque competit rerum eius alienatio: *sed quatenus negotiorum exigit administratio.*

L. 17. *D. eodem.* Gaius *libro I. de Manumissionibus.* Curator furiosi *nullo modo libertatem praestare potest:* quod ea res ex administratione non est: *nam in tradendo ita res furiosi alienat, si id ad administrationem negotiorum pertineat:* et ideo, si *donandi causa* alienet, neque traditio quidquam valebit: nisi ex magna utilitate furiosi hoc cognitione iudicis faciat.

L. 13. *D. de Manumission.* Pomponius *libro I. ex Plautio.* Servus furiosi ab agnato curatore manumitti non potest, *quia in administratione patrimonii manumissio non est.*

Aus diesem Grunde ist denn auch der Vormund berechtiget, Sachen des Pflegbefohlnen, wenn es nöthig oder nützlich ist, zu verpfänden.

L. 16. *pr. D. de pignerat. act.* Paulus *libro XXIX. ad Edictum.* Tutor lege non refragante si dederit rem pupilli pignori, *tuendum erit:* scilicet si *in rem pupilli* pecuniam accipiat. *Idem est et in curatore adolescentis vel furiosi.*

L. 11. §. 7. *D. eodem.* Ulpianus *libro XXVIII. ad Edictum.* Si procurator meus, vel tutor rem pignori dederit, *ipse agere pigneratitia poterit.* Quod in procuratore ita procedit, si ei mandatum fuerit pignori dare.

L. 11. *D. de curatorib. furioso vel aliis dand.* Paulus *libro VII. ad Plautium.* Pignus a curatore furiosi datum valet, si utilitate furiosi exigente id fecit.

Eben so kann der Vormund aus dem Vermögen des Pflegbefohlnen Zahlungen leisten, und alle diejenigen Ausgaben aufwenden, die derselbe selbst bestreiten müßte, oder aufgewendet haben würde, wenn er selbst verwaltet hätte.

L. 9. §. 5. *D. h. t.* Ulpianus *libro XXXVI. ad Edictum.* Sicut autem solvere tutor, quod debet, ita et exigere a pupillo, quod sibi debetur, potest, si creditor fuit patris pupilli. *Nam et sibi solvere potest*, si modo fuit pecunia, unde solvat, — *sicut aliis quoque solvere et potuit et debuit.*

L. 13. §. 2. *D. eodem.* Gajus *libro XII. ad Edictum provinciale.* In solvendis legatis et fideicommissis attendere debet tutor, ne cui non debitum solvat.

L. 12. §. 2. *D. h. t.* Paulus *libro XXXVIII. ad Edictum.* Nimium est, licere tutori respectu existimationis pupilli erogare ex bonis eius, *quod ex suis non honestissime fuisset erogaturus.*

L. 32. §. 6. *D. eodem.* Modestinus *libro VI. Responsorum.* Lucius Titius coheres et curator sororis suae quum esset ex civitate, in qua usitatum erat ipsos dominos praediorum, non conductores onera annonarum et contributionum temporalium sustinere, morem hunc et consuetudinem semper observatam secutus, et ipse pro communi et individua hereditate annonas praestitit. Quaero an in rationibus dandis opponi curatori possit, quod non recte pro parte sororis tales impensas fecerit? Modestinus respondit: *id demum curatorem adultae reputare ex causa, de qua quaeritur,*

posse, quod ipsa, si rem suam administraret, erogare compelleretur.

In Beziehung auf Obligationen seines Pflegbefohlnen kann auch der Vormund constituiren, und sich constituiren lassen. Ja wenn der Vormund auch nicht sich selbst, sondern seinem Pflegbefohlnen hat constituiren lassen, so daß diesem die Zahlung geleistet werden solle, so soll doch der Billigkeit wegen, ein solches Constitutum aufrecht erhalten, und dem Pflegbefohlnen eine utilis actio gegeben werden [88]). Eben so kann der Tutor, wie der Curator, durch Novation die Obligationen seines Mündels oder Curanden aufheben.

L. 20. §. 1. *D. de novationib.* PAULUS *libro LXXII. ad Edictum.* — NOVARE tutor potest, si *hoc pupillo expediat*, item procurator omnium bonorum.

L. 34. §. 1. *D. eodem.* GAJUS *libro III. de verborum obligationibus.* Agnatum furiosi aut prodigi curatorem *novandi ius habere*, minime dubitandum est, *si hoc furioso vel prodigo expediat.*

2) Vormünder können ferner ohne Unterschied, sie seyen Tutoren oder Curatoren, im Namen ihrer Pflegbefohlnen, vor Gericht Processe führen [89]). Dieß hatte wenigstens keinen Zweifel mehr, nachdem, jedoch wohl nicht erst nach gänzlicher Aufhebung der alten Gerichtsver-

88) *L.* 5. §. 7—9. *D. de pecunia constit.* (XIII. 5.) S. den 13. Th. dieses Commentars §. 850. S. 386. und von Löhr a. a. O. S. 52. f.

89) S. DONELLUS Commentar. Lib. III. Cap. 12. §. 7. und *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. In rerum administrationem.

fassung, der Grundsatz entstand, daß man auch durch einen Stellvertreter sein Recht vor Gericht verfolgen und vertheidigen könne [90]). *L. 1. §. 4. D. h. t.* Ulpianus *libro XXXV. ad Edictum.* Non denegari autem neque tutoribus, neque curatoribus debet, etiam debitores pupillorum vel adultorum ex persona sua respectu officii in iudicium vocare, vel eis hoc facientibus, suum accommodare consensum. Der Vormund braucht auch nicht, wie ein procurator, der alieno nomine eine Klage vor Gericht anstellt, dem Gegner eine cautio ratam rem dominum habiturum zu bestellen [91]), wenn er als Kläger für seinen Pupillen vor Gericht auftritt. Er kann die Sache seines Pflegbefohlnen ohne Mandat, und Caution vor Gericht bringen, und verhandeln, als wenn er selbst Eigenthümer wäre [92]).

90) S. Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 6. S. 41. f. der 2. Aufl. Greifswald 1826.

91) *Pr. I. de Satisdationib.* Gajus *Institution. Comm. IV.* §. 98.

92) Der Grund der Cautionsleistung, den Gajus *Instit. Comm. IV.* §. 98. und nach ihm Justinian. *Pr. I. de Satisdat.* anführt: periculum enim erat, *ne iterum dominus de eadem re experiretur*, fiel bey dem Vormunde weg. Die Worte des Edicts, welches den Procuratoren die Caution auflegte, so wie sie uns Ulpian *L. 33. §. 3. D. de procurator.* aufbehalten hat, waren zwar ganz allgemein gefaßt. Daher wandte man sie auch auf Tutoren und Curatoren an, wenn sie für ihre Pupillen und Curanden vor Gericht Klagen erhoben, wie Gajus c. l. §. 99. bemerkt: *Tutores et curatores eo modo, quo et procuratores, satisdare debere, verba Edicti faciunt.* Allein durch einen vermuthlich auf die Inter-

Die Cautionsleistung konnte nur dann vom Vormunde gefordert werden, wenn gegen die Bestellung desselben, oder gegen die Amtsführung selbst ein Zweifel entstand.

pretation sich gründenden Gerichtsgebrauch ward den Vormündern die Caution nachher erlassen. GAJUS sagt a. a. O. *Sed aliquando illis satisdatio remittitur.* Wir finden die Worte des Gajus auch in den Institutionen Justinian's a. a. O. Wann Gajus sagt, die Caution sey den Vormündern nur *aliquando* erlassen, so meint man, dieß beziehe sich auf den Anfang des conträren Gerichtsgebrauchs, wie z. B. *Ant.* SCHULTING ad PAULI Sententiar. Receptar. Libr. I. Tit. 3. §. 5. Not. 9. (in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 225.) Allein richtiger erklärt das *aliquando* THEOPHILUS in *Paraphr. gr. ad princ. I. de Satisdat.* wenn er sagt: Ἔστι δὲ ὅτε κινοῦσιν αὐτοῖς ἡ ἱκανοδοσία συγχωρεῖται. νοητέον δὲ, ἡνίκα ὡμολογημένη ἐστὶν αὐτῶν ἡ κατάστασις, τουτέστιν ὅτι ὁ ἐπίτροπος, ὁ δὲ κουράτωρ ἐστί. i. e. *Sed iis* INTERDUM *agentibus remittitur satisdatio: hoc autem intelligendum est, si eorum constitutio in confesso est, id est illum tutorem,* hunc *curatorem esse.* Diese Erklärung stimmt ganz mit *L.* 23. *D. h. t.* überein, nach welcher Vormünder zu keiner Cautionsleistung verbunden seyn sollen, so lange kein Zweifel gegen ihr Amt entsteht. Man sehe auch *Franc.* BALDUINI Commentar. in Institut. ad pr. Tit. de Satisdat. pag. 701. und *Car. Frid.* WALCH ad *Hoppii* Comment. ad Institut. pr. cit. Not. b. pag. 975. Der Grund, den *Jan. a* COSTA in Commentar. ad Princ. Institut. de Satisdat. anführt, als ob der Prätor in seinem Edict blos von solchen Procuratoren handle, die freywillig für Andere vor Gericht Klagen anstellen, während Vormünder für ihre Mündel vor Gericht aus Amtspflicht handelten, ist nicht der wahre. Richtiger fand *Jac.* CUJACIUS in Notis ad libr. IV. Instit. pr. Tit. de Satisdat. den Grund darin, quod tu-

L. 22. *D. h. t.* PAULUS *libro III. ad Edictum.* Tutor ad utilitatem pupilli et novare, *et rem in iudicium deducere potest.*

L. 23. *D. eodem.* ULPIANUS *libro IX. ad Edictum.* Vulgo observatur, ne tutor caveat, *ratam rem pupillum habiturum, cum* [93]) rem in iudicium deducit. Quid tamen, si dubitetur, an tutor sit, vel an duret tutor, vel an gestus illi commissus

tores sint *loco dominorum.* Mit Recht stimmt ihm auch *Ant.* SCHULTING a. a. O. bey. Diesen wahren Grund giebt auch *Franc.* HOTOMANUS in Commentar. ad pr. I. de Satisdat. pag. 489. an, wo er sagt: *quia tutor tanquam dominus* agit. Und *Em.* MERILLIUS in Comm. ad Instit. eod. (pag. 514. edit. *Trotz.*) folgert daraus ganz richtig: Cum igitur tutor ipse sit dominus, (oder vielmehr, wie er vorher sagte: in rebus pupillaribus sit *domini loco*) superfluum videbatur, cautionem de rato a tutore exigere, eaque ratione tandem effectum est, ut tutoribus et curatoribus remitteretur ista satisdatio, ratam rem dominum habiturum.

93) Die florentinische Ausgabe liest *quia.* Allein die Lesart *cum*, welche Haloander hat, und auch Beck angenommen hat, verdient wohl den Vorzug. Denn offenbar kann in diesen Worten kein Grund liegen, warum der Tutor nicht de rato caviren darf; sondern Ulpian wollte blos den Fall ausdrücken, wo von dieser Caution die Frage seyn könnte. Was daher von der Erklärung des POTHIER Pand. Justin. T. II. h. t. Nr. XXXVIII. Not. b. pag. 114. zu halten sey, wenn er zur Rettung der florentinischen Lesart sagt: Id est, *consummat ius actionis, quod pupillus habet: ita ut quod agente tutore iudicatum erit, non possit pupillus retractare, nisi ex causa in integrum restituatur;* darüber mögen andere urtheilen.

sit? Aequum est, adversarium non decipi. Idem et *in curatore* est, ut JULIANUS scripsit.

L. 13. *Cod. h. t.* Imp. GORDIANUS A. Tutores debita pupillaria, seu deposita reposcentes, ad satisdationem compelli non posse, manifestum est.

Ist der Bevormundete Beklagter, und der Vormund vertheidiget ihn vor Gericht; so zeigt sich die Wirkung der bey dem Vormunde fingirten Gewalt des Eigenthums auch darin, daß er von der Satisdatio iudicatum solvi frey ist, die sonst jeder defensor alienae litis leisten muß [94].

L. 1. *§.* 2. *D. h. t.* ULPIANUS *libro XXXV. ad Edictum.* Sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi iudicium suscipiant, sive pupillus ipsis auctoribus. *Nec cogendi sunt tutores cavere, ut defensores solent.*

L. 46. *§.* 2. *D. de procurator.* GAJUS *libro III. ad Edictum provinciale.* Qui alium defendit, satisdare cogitur (*iudicatum solvi*). Nemo enim alienae litis idoneus defensor sine satisdatione intelligitur.

L. ult. §. 3. *Cod. h. t.* Imp. JUSTINIANUS A. *Joanni* P. P. Defensionem autem et nomen eius in hoc casu apertius declarantes, ne forte putaverint tutores, vel curatores gravamen sibimet imponi, illam decernimus *defensionem* eos subire, *quae non satisdatione pro eventu litis constituitur, sed ut tantummodo litem secundum legum ordinem pro pupillo vel adulto aliisque personis instruant,* licentiam ex hac nostra auctoritate habentes, sine decreto res, quarum gubernationem gerunt, pro cautela litis subsignare.

94) S. DONELLUS Lib. III. Cap. 12. §. 12.

Eine Folge davon ist, daß wenn der Gegner des Pupillen von der gegen ihn angestellten Klage des Vormundes losgesprochen worden, derselbe hierdurch auch von allem weitern Anspruche des Pupillen befreit ist, und sich auch gegen diesen mit der exceptio rei iudicatae schützen kann. Denn Ulpian sagt *libro LXXV. ad Edictum*[95]). Hoc iure utimur, ut ex parte actoris *in exceptione rei iudicatae* hae personae contineantur, *quae rem in iudicium deducunt.* Inter hos erunt procurator, cui mandatum est, *tutor, curator furiosi vel pupilli etc.* Eben so stand aber auch dem Pupillen die actio iudicati zu, wenn der Tutor den Proceß gewonnen hatte, so wie denn auch gegen den Pupillen, und nicht gegen seinen Vormund, der ihn vor Gericht vertheidiget hatte, die actio iudicati Statt fand, wenn der Tutor war verurtheilt worden, und zwar nach einem Rescript des Divus Pius, welches durch mehrere neuere Rescripte war bestätigt worden, ohne Unterschied, der Pupill mag selbst unter Auctorität seines Vormundes vor Gericht gehandelt, oder der Vormund den Proceß in einem solchen Falle allein geführt haben, wo der Pupill noch infans, oder abwesend war.

L. 2. D. h. t. ULPIANUS *libro IX. ad Edictum.* Sive tutor condemnavit[96]), sive ipse condemnatus

95) *L. 11. §. 7. D. de except. rei iudicatae.* (XLIV. 2.)

96) Der Ausdruck: tutor *condemnavit*, heißt hier soviel als condemnari fecit. Ulpian hat das Wort *condemnare* öfters in der Bedeutung für curare et efficere, ut quis a iudice condemnetur, genommen. Man sehe *Scip.* GENTILIS Parergor. ad Pandect. Lib. I. cap. 25. pag. 66. *Altdorf.* 1664. 8.) *H. G. van* VRYHOFF Observation. iuris civ. Cap. 3. pag. 10. und den 15. Th. dieses Commentars. §. 957. Not. 90. S. 321.

est, pupillo et in pupillum potius actio iudicati datur, et maxime si non se liti obtulit [97]), sed quum non posset vel propter absentiam pupilli, vel propter infantiam auctor ei esse ad accipiendum iudicium. Et hoc etiam DIVUS PIUS rescripsit, et exinde multis rescriptis declaratum est, in pupillum dandam actionem iudicati semper, tutore condemnato, nisi abstineatur [98]); tunc enim nec in tutorem, nec in pupillum dari, nec pignora tutoris capienda esse, saepe rescriptum est.

L. 7. D. Quando ex facto tutoris. SCAEVOLA *libro XIII. Quaestion.* Tutori, qui infantem defendit, succurritur [99]), *ut in pupillum iudicati actio detur.*

97) *L. 4. §. 1. D. de re iudicata.* (XLII. 1.) ULPIAN. Tutor quoque vel curator in ea conditione sunt, ut non debeant videri se liti obtulisse, idcircoque debet denegari in eos *iudicati actio.* Man sehe vorzüglich *Ulr.* HUBER Praelection. iuris Rom. ad Pand. Lib. XLII. Tit. 1. §. 53.

98) D. h. wenn sich der Pupill von der väterlichen Erbschaft lossagt, auf welcher die Schulden hafteten, derentwegen der Vormund den Gläubigern derselben verurtheilt worden ist; so findet die actio iudicati weder gegen den Vormund, noch gegen den Pupillen weiter Statt. S. POTHIER Pand. Justin. Tom. II. Tit. Quando ex facto tutor. Nr. IV. Not. c.

99) War nämlich der Pupill Schuldner, und der Tutor hatte ihn vor Gericht vertheidiget, er war aber zur Bezahlung verurtheilt worden; so hatte eigentlich nach dem strengen Recht die actio iudicati nur gegen den Vormund, nicht gegen den Pupillen Statt. Damit aber dem Tutor sein Amt nicht zum Schaden gereichen möchte; so suchte man demselben, wenn er nach geendigter Tutel

Dieselben Grundsätze galten auch vom Curator eines Furiosus.

L. 5. pr. D. eodem. Papinianus *libro V. Responsorum:* Post mortem furiosi non dabitur in *curatorem*, qui negotia gessit, *iudicati actio*, non magis, *quam in tutorem*, si modo nullam ex consensu post depositum officium novationem factam, et in curatorem vel tutorem obligationem esse translatam constabit.

Der Vormund mußte nur aber selbst vor Gericht erscheinen; einen Procurator in Sachen des Mündels oder Pflegbefohlnen zu bestellen, war weder der Tutor noch der Curator berechtiget; ausser nach der Litis-Contestation, weil er dadurch, nach dem Beyspiel der Procuratoren, dominus litis wurde.

L. 11. C. de procurator. Imp. Alexander A. *Neque tutores, neque curatores ex sua persona in rem pupilli vel adolescentis procuratorem facere possunt,* sed actorem constituere debent. Pupillus autem vel pupilla, adultus vel adulta, tam ad agendum quam ad defendendum, tutore seu curatore interveniente, procuratorem ordinare possunt. *Ipsi etiam tutores et curatores post litis contestationem a se factam, ad exemplum procuratorum, qui litem contestati sunt, dare procuratores non prohibentur.*

L. 4. §. 5. in fin. D. de appellationib. (XLIX. 1.) Macer *libro I. de Appellationibus.* Sed meminisse

mit der actio iudicati belangt wurde, durch Exceptionen zu helfen. S. *Jo.* Altamirani *et* Velazquez Commentar. ad Q. Cervidii Scaevolae libros Quaestion. Tract. XIII. ad h. L. 7. (Tom. II. *Thes. Meerman.* pag. 523. sq.)

oportet, quod procurator lite contestata dominus litis efficitur.

Der Vormund kann auch dem Gegner seines Mündels den Eid zuschieben, und in seinem Namen mit demselben einen Vergleich schließen.

L. 17. §. 2. D. de iureiur. Paulus *libro XVIII. ad Edictum.* Si tutor, qui tutelam gerit, aut curator furiosi prodigive *iusiurandum detulerit*, ratum id haberi debet: nam et alienare res, et solvi eis potest, et agendo rem in iudicium deducunt.

L. 56. §. 5. D. de furtis. (XLVII. 2.) Gaius *libro XIII. ad Edictum provinciale.* Si tutor, qui negotia gerit, aut curator *transegerit* cum fure, evanescit furti actio.

5) Der Tutor kann, wie der Curator, Gelder für seinen Pflegbefohlnen erheben, und in Empfang nehmen, und die Schuldner werden durch die Bezahlung ipso iure befreyet, eben so als ob die Bezahlung dem Gläubiger selbst geschehen wäre [100]). Mit gleicher Wirkung kann auch der Vormund selbst dem Pflegbefohlnen bezahlen, was er ihm schuldig ist.

L. 9. §. 3. D. h. t. Ulpian. *libro XXXVI. ad Edictum.* Et generaliter, quod adversus alium praestare debuit pupillo suo, id adversus se quoque praestare debet: fortassis et plus: adversus alios enim experiri sine actione non potuit, adversus se potuit. §. 4. Sed si sub usuris gravioribus patri pupilli pecuniam debuit, quam sint pupillares, videndum est, an ei aliquid imputetur? Et si quidem solvit, nihil est, quod ei imputetur: *potuit*

100) Man sehe jedoch §. 2. *I. Quib. alienare lic.*

enim solvere, nec onerare se usuris: si vero non solvit, usuras cogendus est agnoscere, quas a se exigere debuit.

L. 46. §. 7. *D. h. t.* Paulus *libro IX. Responsorum.* Tutoribus concessum est, a debitoribus pupilli pecuniam exigere, *ut ipso iure liberentur,* non etiam donare, vel etiam deminuendi causa cum iis transigere; et ideo eum, qui minus tutori solvit, a pupillo in reliquum conveniri posse.

Aus diesem allen ergiebt sich also soviel, daß Tutoren und Curatoren nur in so weit als domini betrachtet werden, als sie 1) selbst handeln, 2) solche Handlungen vornehmen, welche eine haushälterische Administration erfordert, und auch 3) durch Stellvertreter vorgenommen werden können. In so weit haben sie freye Hände, und Gundling [1]) hat nicht Unrecht, wenn er sagt, der Vormund thut mit den Gütern der Kinder und Unmündigen, was er will, wenn er nur ehrlich handelt, widrigenfalls hört er auf dominus zu seyn. Dieß ist der Satz, der auch durch die Rescripte der Kaiser Trajan und Hadrian, wie Paulus [2]) bemerkt, sanctionirt ist, Alles, was der Vormund *bona fide* vornimmt, ist gültig, und wird aufrecht erhalten. Da also die fictio dominii sich nur auf die Administration bezieht, und die Grenzen derselben nicht überschreiten darf; so kann der Vormund, der doch nur ein fremdes Vermögen verwaltet, natürlich nicht das Recht haben, Etwas willkührlich vorzunehmen, was über die providentia pupillaris hinausgeht. Er darf daher den Schuldnern seines Pflegbefohlnen nichts erlassen [3]), keine nachtheilige Vergleiche eingehen [4]), nicht manumittiren [5]), auch nicht Sachen seines Pflegbefohlnen dediciren [6]),

1) Gundlingiana. Stück XXIX. §. 6. S. 368.

2) *L.* 12. §. 1. *D. h. t.*

3) *L.* 28. §. 1. *D. de pactis.*

4) *L.* 46. §. 7. *D. h. t.*

5) *L.* 13. *D. de manumiss. L. ult. D. de curat. fur.*

6) *L.* 12. *D. de curat. fur.*

noch sonst mit seinem Vermögen freygebig seyn [7]). Kommen solche Handlungen vor, welche in einer durch das Civilrecht bestimmten Form vorzunehmen sind, so ist weder der Tutor noch der Curator in der Regel für sich zu handeln befugt [8]). Hier muß der Vormund seinen Pflegbefohlnen handeln lassen, der Pupill, wenn er kein infans mehr ist, muß also durch das Vollwort seines Tutors ergänzt, und dem Minderjährigen die Einwilligung dazu von seinem Curator gegeben werden [9]). Z. B. eine Erbschaft nach dem Civilrecht antreten, kann nur der Erbe [10]). Weder der Tutor noch der Curator können es im Namen ihrer Pflegbefohlnen [11]). Der Pupill, wenn er nicht mehr infans ist, muß es selbst thun, mit Auctorität des Tutors [12]). Denn die hereditatis aditio ist ein actus legitimus [13]). Im neuern Rechte ist es zwar durch eine Constitution vom K. Valentinian III. dem Tutor eines Kindes, das noch nicht sieben Jahre alt ist, gegen die Regeln des Civilrechts erlaubt worden, in seinem Namen die diesem angefallene Erbschaft anzutreten [14]). Die Regel selbst aber ist dadurch nicht nur nicht aufgehoben, sondern vielmehr noch ausdrücklich bestätiget worden. Der Curator eines furiosus hat dagegen dieses Recht nicht. Er kann für seinen Curanden nur eine bonorum posesssio suchen, die aber nur den Besitz der Erbschaft zum Behuf des Unterhalts giebt [15]).

7) *L.* 22. *D. h. t.* *L.* 46. §. 7. *D. eodem.* *L.* 16. *C. eod.*

8) S. Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 5. S. 37.

9) S. von Löhr Magazin III. B. S. 42. ff.

10) *L.* 90. *pr. D. de acquir. vel omitt. hered.*

11) *L.* 5. *C. de iure delib.* *L.* 90. *D. de acqu. vel omitt. hered.*

12) *L.* 9. *D. de tutor. et curat. datis.* *L.* 9. *D. de acquir. vel omit. hered.* *L.* 17. §. 1. *D. de appellat.*

13) *L.* 77. *D. de div. Reg. iur.*

14) *L.* 18. *C. de iure delib.*

15) *L.* 7. §. 3. *C. de curat. furiosi.*

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück

geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Dreyßigsten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1828.

Fortsetzung des Titels
de administratione et periculo tutorum et curatorum.

§. 1333.a.

Culpa des Vormundes. Wie ist die diligentia, quam in suis zu verstehen?

Der Vormund muß nun das Vermögen seines Mündels oder Pflegbefohlnen mit dem Fleiße und der Gewißenhaftigkeit verwalten, wie jeder gute Wirth, jeder fleißige Hausvater das seinige zu verwalten pflegt, und verwalten muß, wenn er auf den Namen eines diligens paterfamilias Anspruch machen will. Dieß erfordert schon die Natur und Zweck der Vormundschaft, welcher dahin geht, das Vermögen solcher Personen zu erhalten, die es selbst nicht verwalten können. Aber auch ausdrückliche Gesetze machen dieses den Vormündern zur Pflicht.

L. 10. *D. h. t.* Ulpianus *libro XLIX. ad Edictum.* Generaliter quotiescunque non fit nomine pupilli, *quod quivis paterfamilias idoneus facit*, non videtur defendi: sive igitur solutionem, sive iudicium, sive stipulationem detrectet, defendi non videtur [16].

16) Man verbinde mit dieser Gesetzstelle die *L.* 63. *D. de iudiciis*, welche aus desselben Ulpiani *libro XLIX. ad*

L. 33. *pr. D. eodem.* CALLISTRATUS *libro IV. de Cognitionibus.* A tutoribus et curatoribus pupillorum *eadem diligentia* exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, *quam paterfamilias rebus suis ex bona fide praebere debet.*

Läßt es also der Vormund an diesem Fleiße fehlen, so ist er in culpa, sie sey lata oder levis, denn für beyde machen ihn die Gesetze verantwortlich, nicht nur, wenn dadurch die Pflegbefohlnen einen positiven Schaden, d. h. einen wirklichen Verlust an ihrem Vermögen erlitten, sondern auch wenn sie etwas nicht erworben haben, was ihnen hätte zu Theil werden können [17].

Edictum, wie die *L.* 10. *D. h. t.* genommen ist. Sie erläutert die *L.* 10. und ist unstreitig als Fortsetzung derselben anzusehen, wie aus dem Inhalte derselben erscheint. *Recte defendi*, heißt es daselbst, hoc est, iudicium accipere vel per se, vel per alium, sed cum satisdatione: nec ille videtur defendi, qui, quod iudicatum est, non solvit. Die Worte: *cum satisdatione* gehen unstreitig auf das Vorhergehende: *vel per alium.* Denn für einen ad defendendum bestellten Prokurator mußte die satisdatio iudicatum solvi durch Stipulation geleistet werden. *L.* 15. *D. de procurat. L.* 10. *D. Judicatum solvi.* Gewöhnlich erklärt man diese *stipulatio* von der cautio damni infecti, welche der Pupill wegen seines Hauses leisten sollte, der Vormund aber verweigerte. S. POTHIER Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXVII. Tit. 3. Nr. XXXVIII. not. h. und Hasse Culpa des Röm. Rechts. §. 71. S. 337. Allein Ulpian dachte daran nicht.

17) Man vergleiche hier *Hug.* DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. XV. Cap. 20. §. 2—5. *Jo.* VOET Comm. ad Pand. Tom. II. Lib. XXVII. Tit. 3. §. 12. *Franc.*

L. 7. *Cod. Arbitrium tutelae. Impp.* DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. Alexandro. Quidquid tutoris *dolo, vel lata culpa aut levi*, seu curatoris, minores amiserint, vel cum possent, non adquisierint: hoc in tutelae seu negotiorum gestorum utile iudicium venire, non est incerti iuris.

L. 23. *Cod. h. t.* Imp. CONSTANTINUS A. Felici. Si *tutoris* vel *curatoris culpa vel dolo*, eo quod vectigal praedio emphyteutico impositum minime dependere voluissent, minoris praedium fuerit amissum; damnum, quod ei contigit, ex substantia eorum resarciri necesse est.

Die Culpa kann sich nun aber auf eine doppelte Art äußern. Einmal dadurch, daß der Vormund etwas unternimmt, was er nicht thun sollte. Z. B. Mündelgelder nicht mit der gehörigen Vorsicht ausleihet, oder Sachen seines Pflegbefohlnen durch Unvorsichtigkeit beschädiget.

DUARENUS Comment. in Tit. 7. Lib. XXVI. Cap. 5. *Oper.* pag. 302.) *Pet.* FABER Commentar. ad L. 23. D. de div. Reg. iur. pag. 82. *Jac.* GOTHOFREDUS Comm. ad eand. Leg. pag. 136. *Hellf.* HUNNIUS Variar. Resolution. iuris. Lib. I. T. IV. Qu. 14. *Frid. Es.* PUFENDORF Commentat. de culpa. P. V, Cap. 3. pag. 306 sqq. *Franc.* SCHOEMAN Lehre vom Schadensersatze Th. I. pag. 162. sqq. Egid. von Löhr Theorie der Culpa. (Giessen 1806. 8.) Abschn. 3. §. 25. S. 168 f. Joh. Christ. Hasse Culpa des Röm. Rechts. §. 71. — 75. S. 334. — 370. Paul Ludolf Kritz über die Culpa nach Röm. Rechte. Leipzig 1823. S. 166. ff. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 517. (der 7. Ausg. 1828.) und Fried. Hänel, Versuch einer kurzen und faßl. Darstellung der Lehre vom Schadenersatze nach heutigem Röm. Rechte. (Leipzig 1823.) §. 4. S. 51.

Culpa in faciendo. Zweytens dadurch, daß er Etwas unterläßt, was er thun sollte, um Schaden abzuwenden. Z. B. Sachen seines Mündels aus Mangel gehöriger Aufsicht zu Grunde gehen läßt, Verletzungen von den Sachen des Pflegbefohlnen nicht gehörig abwendet, ausstehende Forderungen von den Schuldnern desselben nicht zur rechten Zeit beytreibt, und dadurch deren Verlust verursacht. *Culpa in non faciendo.* Im ersten Falle schadet der Vormund durch Thätigkeit, im zweyten durch Unthätigkeit.

Es ist also erwiesen, daß der Vormund das zu thun verpflichtet sey, was ein fleißiger Mann gewöhnlich zu prästiren pflegt. Hat er dieses nicht gethan, so ist die actio tutelae gegen ihn begründet, er mag durch Thätigkeit oder Unthätigkeit geschadet haben. Ja der Vormund kann, wie Ulpian[18]) lehrt, sogar *ob ignaviam* vel *negligentiam* eben so, wie *ob dolum*, entfernt werden. Die Verantwortlichkeit des Vormundes wird bis zum casus hinaufgeführt. Nur wenn er ganz seine Pflicht als fleißiger und gewißenhafter Mann gethan, soll ihn der Unfall nicht berühren.

L. 3. §. 7. *D. de contrar. tutelae et ut. act.* ULPIANUS *libro XXXVI. ad Edictum.* Sufficit tutori, *bene et diligenter negotia gessisse*, etsi eventum adversum habuit, quod gestum est.

L. 4. *C. de periculo tutor. et curator.* (V. 38.)

18) *L.* 2. §. 2. *D. Qui petant tutor. L.* 4. §. *ult. D. de suspect. tutor. et curator.* S. *Jo.* VOLLENHOVE Diss. de suspectis tutoribus et curatoribus Cap. VI. §. 2. sqq. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 223. sqq.)

Impp. Philippus A. et Philippus C. Gratiano. Tutoribus vel curatoribus *fortuitos casus*, adversus quos caveri non potuit, imputari non oportere, saepe rescriptum est.

L. 50. *D. h. t.* Hermogenianus *libro II. Iuris epitomarum.* Si res pupillaris incursu latronum pereat, vel argentarius, cui tutor pecuniam dedit, cum fuisset celeberrimus, solidum reddere non possit: nihil eo nomine tutor praestare cogitur [19]).

Ueber den Fleiß eines ordentlichen Hausvaters geht also die Zurechnung nach den Bestimmungen der angeführten Gesetze nicht hinaus, mithin nicht über culpa levis. Dieß ist der Fleiß, welchen die Gesetze mit dem Worte diligentia bezeichnen, ein Fleiß, der auch das kleinste Versehen nicht hingehen läßt, welches dem fleißigen und achtsamen Manne nicht widerfährt.

Dennoch aber soll diese diligentia bey der Vormundschaft, nicht, wie bey einem durchaus fleißigen Hausvater, unbedingt und in vollem Maaße prästirt werden. Die Gesetze verlangen von ihm aus billiger Hinsicht mehr nicht, als er sonst nach seinen Kräften, in seinen eignen Angelegenheiten, nach dem gewohnten Maaße der Anstrengung zu leisten pflegt. Er soll also die Beflissenheit nicht schlechterdings, sondern nur bis zur diligentia quam suis prästiren. Hierher gehört folgende merkwürdige Stelle.

L. 1. *pr. D. de tutelae et rationib. distrah. act.* Ulpianus *libro XXXVI. ad Edictum.* In omnibus, quae fecit tutor, cum facere non deberet,

19) Man vergleiche über diese Gesetzstelle *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Hermogenian. pag. 564. — 569.

item in his, quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio: *praestando dolum, culpam, et quantam* IN REBUS SUIS *diligentiam.*

Da die Gesetze allenthalben, wo sie die diligentia quam suis, oder in concreto, der diligentia diligentis patrisfamilias, oder in abstracto gegenüber stellen, die erstere als geringer darstellen; so ist es allerdings als eine besondere Nachsicht zu betrachten, wenn die Gesetze manche Personen nur zur diligentia, quam in suis rebus adhibent, verpflichten[20]. Diese Nachsicht verdient nun der Vormund um so mehr, je unbilliger es seyn würde, gegen ihn, der sein Amt nicht ablehnen durfte, sondern in die ihm so lästige obligatio einzutreten gezwungen war, nach dem vollen Maasstabe des Fleißes eines diligentis patrisfamilias zu verfahren. Denn von Wem diligentia diligentis patrisfamilias gefordert wird, darf auch nicht im Einzelnen, nicht ein einziges Mal gefehlt haben, er muß, wenn er dieses einzige Mal durch seine Nachläßigkeit geschadet hat, dafür haften, wenn er auch die ganze übrige Zeit, während welcher die fremde Sache in seinen Händen war, fleißig gewesen wäre. Eine Ausnahme wird hier nicht geduldet, weil der fleißige Mann, als solcher, immer thut, was er soll. Eine solche Ausnahme läßt dagegen die diligentia in concreto zu. Zwar muß man im Zweifel von jedem vernünftigen Menschen glauben, daß er auch seine eigenen Geschäfte mit allem Fleiße betreibe, und in seinem Wirkungskreise auf Ordnung halte, und dieses um so mehr von einem Vormunde, da nicht leicht ein Anderer zum Vormund bestellt zu werden pflegt, als der ein bekannter fleißiger und or-

20) S. Hänel Lehre vom Schadenersatze. §. 29. S. 37.

deutlicher Mann ist. Daher muß der Vormund, wie das Gesetz sagt, dolum und culpam, d. h. culpam levem prästiren. Die Klage gegen den Vormund ist also begründet, wenn er auch nur ein geringes Versehen zu Schulden gebracht hat, dergleichen ein fleißiger Hausvater nicht begeht. Denn es muß immer vermuthet werden, daß er auch in der gerade in Frage stehenden Art der Thätigkeit fleißiger zu seyn pflege. Er hat also die Vermuthung gegen sich. Sucht er nun sein Versehen damit zu entschuldigen, daß seine diligentia in concreto nicht so weit gehe, (dieß ist gerade die Nachsicht, welche die Gesetze dem Vormunde angedeihen lassen, und wodurch sich die diligentia quam suis von der diligentia diligentis unterscheidet) so ist dieses Gegenstand seiner Exception, wodurch er die Klage zu entkräften sucht. Er muß also auch billig den Beweis übernehmen, daß er es in seinen eigenen Sachen auch so zu halten pflege. Müßte freylich der Pupill selbst bey jeder verschuldeten Schadenszufügung, weswegen er den Vormund in Anspruch nimmt, erst darthun, daß sein Vormund in seinen eigenen Angelegenheiten fleißiger zu seyn pflege, so wäre schlecht für ihn gesorgt gewesen. Denn wie oft würde es hier am Beweise fehlen? Muß hingegen der Vormund, der ohnehin, wenn das Versehen eine culpa lata in abstracto ist, sich nie damit entschuldigen kann, daß er in seinen eigenen Sachen auch so handle, weil culpa lata in jedem Falle prästirt werden muß; muß, sage ich, der Vormund, um eine an sich leichte Schuld von sich abzulehnen, deutlich darthun, daß er gleichen Fleiß, wie in eignen Sachen, angewandt, und ihm also ein solches Versehen, wie er gerade begangen, in eigenen Angelegenheiten gewöhnlich sey; so war nun beyden geholfen. Denn daß diese Nachsicht gegen den Vormund

eben so billig, als für den Pupillen minder gefährlich sey, hat Hasse[21]) klar vor Augen gelegt.

Es ist fast unbegreiflich, wie man bey der Klarheit der angeführten Gesetzstellen hat Schwierigkeiten, ja Widersprüche finden mögen, und wie dieselben so verschiedenen sehr widersprechenden Auslegungen haben unterworfen werden können. Wie konnte man, allem Römischen Sprachgebrauche zuwider, auf die Gedanken gerathen, das Wort culpa bey den Geschäften, wo dolus, culpa, und qualis in suis rebus diligentia prästirt wird, für eine schädliche positive Thätigkeit, culpa in faciendo, so wie sie die Lex Aquilia ahndet, zu erklären, unter *diligentia* aber eine culpa lata in non faciendo zu verstehen[22])? Die *L. 1. pr. D. de tut. et ration. distrah. act.* beweist ja deutlich genug, daß die Ausdrücke culpa und diligentia sowohl auf ein culposes facere, wie auf das culpose omittere gehen. Es heißt daselbst ausdrücklich: In omnibus, *quae fecit tutor*, cum facere non deberet, item in his, *quae non fecit*, rationem reddet hoc iudicio: praestando *dolum*, *culpam*, et *quantam in suis rebus diligentiam*. Was kann deutlicher seyn, als daß die Ausdrücke culpa und diligentia gar nicht auf dem Unterschiede von facere und non facere debere beruhen, sondern culpa der Gegensatz alles pflichtmäßigen negativen und positiven Thuns sey, wäh-

21) Die Culpa des Röm. Rechts. §. 74. S. 359. ff.

22) S. Donellus Comm. Lib. XV. Cap. 20. §. 2. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. §. *Altera.* (*Opp.* Tom. II. pag. 560.) von Löhr Theorie der Culpa. §. 6. S. 26. f. und §. 25. S. 168. f. und Desselben Beyträge zu der Theorie der Culpa. III. S. 152. ff.

rend umgekehrt diligentia alles bezeichnet, was den Gegensatz jener culpa ausmacht, wie Hasse in seinem classischen Werke [23]) trefflich ausgeführt hat? Unser Gesetz beweist aber auch zugleich, daß die gesetzliche Vergünstigung in Betreff der diligentia in concreto nicht blos auf ein culposes Unterlassen sich beschränke, sondern auch zugleich auf die Fälle mit gehe, welche zur culpa in faciendo, mithin unter die Lex Aquilia gehören [24]). Denn die culpa in concreto, welche der Vormund zu prästiren hat, kommt nicht blos dann in Betrachtung, wenn sie negativer Art ist, d. h. in einer Unterlassung des sonst gewohnten Fleißes besteht, sondern auch wenn sie sich durch schädliche positive Thätigkeit äussert [25]). Wie möchte, z. B. sagt Thibaut [26]) sehr treffend, ein Mündel gegen seinen Vormund wegen einzelner Abgänge klagen, wenn sein Vermögen aus einer Menge leicht zerbrechlicher Sachen besteht, welche der Vormund, als solcher, handhaben mußte, und bey der Ausübung dieses leidigen aufgedrungenen Geschäfts durch geringe Versehen Etwas davon beschädigte? Sollte

23) S. das 5. Kap. besonders §. 44. — 57.

24) S. Hagemeisters Aufsatz: Welchen Einfluß hat das zwischen dem Beschädigten und dem Beschädiger vorhandene Obligationsverhältniß auf die Zulässigkeit der Klage aus der L. Aquilia? (in H. von Grolman und von Löhr Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. 3. B. Nr. VI. S. 145. — 173.) und Hänel Lehre vom Schadenersatze. §. 35.

25) S. Hänel angef. Schrift. §. 29.

26) S. Thibaut's Recension von Hasses Culpa des Röm. Rechts, in den Heidelberger Jahrbüchern der Litteratur. 8. Jahrgang 1815. 10. Heft. Nr. 60. S. 951. f.

denn aber die besondere Schonung, welche die Gesetze gegen Vormünder in Ansehung der praestatio culpae beobachten, nicht vielleicht in der Art ihrer Bestellung einen Grund haben, und daher nicht allen Vormündern, sondern nur gewissen zu statten kommen? Man hat dieses wirklich als das Auskunftsmittel angesehen, wodurch Harmonie in die angeführten für schwierig und widersprechend gehaltenen Gesetzstellen gebracht, und womit alle Zweifel gelöst werden könnten [27]). Man nimmt nämlich an, Ulpian habe vielleicht in der L. 1. cit. nur an testamentarische, oder ex inquisitione bestellte Vormünder gedacht, welche deswegen nur für diligentia in concreto haften, quia idonei electi sunt; dahingegen gesetzliche und cum satisdatione bestellte, bey denen man durch die Wahl der Person nicht so gesichert wäre, für diligentia in abstracto haften müßten. Allein gehen wir alle aus Ulpiani *libro XXXVI. ad Edictum* in den Pandecten enthaltene Fragmente durch, so wie sie Carl Ferd. Hommel [28]) zusammengestellt hat; so findet sich darin auch nicht die leiseste Spur, daß Ulpian in der L. 1. cit. blos an testamentarische oder ex inquisitione bestellte Vormünder gedacht haben sollte. Ulpian handelte in dem Buche, woraus die L. 1. genommen ist, ausführlich von dem Amte der Vormünder, und den daraus entspringenden Klagen, spricht aber überall von Tutoren und Curatoren im Allgemeinen, ja er sagt sogar an einem Orte [29]), es sey hier von allen die Rede, qui iure tutores sunt. Hierzu kommt, daß alle Gesetzstellen, welche von der Culpa der

27) S. Hänel §. 41. Not. a. S. 52.

28) Palingenesia librorum iuris veter. T. III. p. 220. — 226.

29) *L. 1. §. 19. D. de tut. et ration. distrah.*

Vormünder handeln, nicht nur die angeführten, sondern auch noch mehrere andere[30]) immer von Tutoren und Curatoren überhaupt, ohne alle Beschränkung auf eine bestimmte Art derselben, sprechen. Sollte aber ein so wichtiger Unterschied so ganz mit Stillschweigen übergangen seyn? Endlich ist ja die praestatio diligentiae in concreto eine gesetzliche Wohlthat, die ihren Grund darin hat, daß der Vormund ein lästiges Amt zu übernehmen gezwungen ist. Dieser Grund ist allgemein. Es können also auch gesetzliche, und cum satisdatione bestellte Vormünder von dieser Wohlthat nicht ausgeschlossen werden, da kein Gesetz sie ausschließt. Denn wäre man auch bey denselben durch die Wahl der Person nicht so gesichert, wie bey testamentarischen, und ex inquisitione bestellten Vormündern; so war ja doch der Pupill durch die Caution des Vormundes gedeckt. Wäre es nun nicht höchst unbillig, denselben aus diesem Grunde die gesetzliche Vergünstigung, die den Vormündern bey der praestatio culpae zu statten kommen soll, zu versagen?

Es sind jedoch noch einige andere Stellen merkwürdig, welche auf Anwendung des Fleißes in eigner Angelegenheit hindeuten, und ebenfalls von Vormündern überhaupt, ohne alle weitere Beziehung sprechen, obwohl die Lesart der einen Stelle noch im Zweifel ist. Ich will diese zuerst anführen. Es ist die *L. 57. pr. D. h. t.* aus Scävola's *libro X. Digestorum*, welche folgendermassen lautet.

Chirographis debitorum incendio exustis, cum ex inventario tutores convenire eos possent ad solvendam pecuniam, aut novationem faciendam cogere,

30) *L. 39. §. 3. 7. et 13. D. h. t. L. 10. L. 12. Cod. eodem.*

cum idem *circa proprios debitores* propter eundem casum fecissent, id omisissent circa debitores pupillorum: an si quid propter hanc cessationem eorum pupilli damnum contraxerunt, iudicio tutelae consequantur? Respondit, si adprobatum fuerit, eos tutores hoc *per dolum vel culpam* praetermisisse, praestari ab his hoc debere.

Hier ist die Lesart der Worte *circa proprios debitores*, also gerade der Worte, worauf es hier ankommt, zweifelhaft. Die florentinische Ausgabe liest circa *priores* debitores. Nun ist zwar die erstere Lesart die gemeine, welche sich auch bey Haloander, Miräus, Merlinus, Hugo a Porta, Baudoza und noch mehreren andern findet, die Hasse[31]) angeführt hat. Nach dieser Lesart würde also dieses Fragment ein Beyspiel liefern, wo der Vormund, durch Anwendung eines größern Fleißes in eigner Angelegenheit, unter gleichen Umständen die diligentiam quam suis in Angelegenheiten seines Pupillen unterlassen hatte, und merkwürdig würde dieses Fragment auch deswegen seyn, weil dabey doch auch von dolus und culpa wieder die Rede ist. Diese Lesart scheint auch schon darum den Vorzug zu verdienen, weil dadurch der Gegensatz von debitores pupillorum mehr hervorgehoben wird, nach der florentinischen Lesart circa *priores* debitores aber ein ganz irrelevanter Umstand eingemischt wäre. Daher bemerkt auch Russard in seiner Ausgabe der Pandecten[32]): Lectio florentina deterior est: sequentia enim verba haec: *debitores pupillorum*, ostendunt, rectius legi *proprios*. Pothier

31) Die Culpa des Röm. Rechts. §. 50. Not. b. S. 220.

32) *Antwerpiae* 1567. 8.

hat diese Lesart auch in seine Pandectae Justinianeae [33]), so wie Beck in seine neue Ausgabe vom Corpus iuris civilis aufgenommen. Allein Anton Contius, welcher auch zugiebt, daß die Lesart proprios debitores die richtigere zu seyn scheine, wendet dagegen ein, daß sie aus Manuscripten nicht erwiesen werden könne. Eben deswegen meint Lud. Charondas [34]), müsse doch die florentinische Lesart beybehalten werden, quae et aliorum tum vulgatorum tum manuscriptorum librorum auctoritate confirmatur [35]). Johann Leunclavius [36]) (Löwenklau) giebt auch der florentinischen Lesart *priores* debitores den Vorzug, und sucht sie noch durch die Auctorität der Griechen zu unterstützen. Zwar hätten diese den Ausdruck selbst nicht beybehalten, aber das *priores* durch *πατρῴους* erklärt. Sie verstünden also unter *priores* debitores, die debitores *paternos*. Die Schuldner des Vaters könnten nun auch wohl priores im Verhältniß zu den Schuldnern der Pupillen, welche posteriores wären, genannt werden. Was Löwenklau für Griechen gemeint hat, muß Er besser wissen, als ich. Ich habe mich in den Basiliken umgesehen, und in denselben die L. 57. an zwey Orten gefunden. Zuerst in den griechischen Scholien ad librum XXII. Tit. 4. Sch. p. (Tom. III. Fabroti pag. 117.) wo sich Theodorus auf die L. 57. beruft, um den Satz damit zu beweisen, daß derjenige, welcher eine Urkunde verfer-

33) Tom. II. Tit. de tutelae et rationib. distrah. Nr. XLIII.

34) Ad L. 57. h. t. not. b. (*Antwerpiae* 1575. *f.*)

35) Solche alte Ausgaben und Manuscripte, welche *priores* lesen, führt Hasse a. a. O. an.

36) Notatorum Lib. II. Cap. 59. (Tom. III. *Thes. iuris. Rom. Otton.* pag. 1518.)

tiget, wenn er auch gleich darin einer andern Urkunde Erwähnung gethan, der Wahrheit nicht schade. Hier lauten nun die streitigen Worte so: *καὶ τοῦτο ποιήσαντες περὶ τοὺς προτέρους χρεώστας*. An dem andern Orte steht unsere L. 57. im Text selbst, nämlich Tom. IV. *Basilicor.* in *Addend. libro XXXVII.* Tit. 7. p. 843. Auch hier heißt es, wie an jenem Orte: *περὶ τοὺς προτέρους χρεώστας*. Die Griechen in den Basiliken haben also die Lesart priores vor Augen gehabt, und das Wort nicht, wie Löwenklau sagt, durch *πατρώους*, paternos, erklärt, sondern es wörtlich durch *προτέρους* übersetzt. Man sieht aus Allem nun soviel, daß die gemeine Lesart proprios mehr innere, die florentinische priores aber mehr äussere Gründe für sich hat.

Ein anderes Beyspiel giebt die *Nov. LXXII. Cap.* 8. Hier heißt es nach Hombergks Uebersetzung: Si vero minori tanta solum sit pecunia, ut usurae eius vix ad ipsum illosque, qui ad eum pertinent, alendos, atque ad reliquam vitae sustentationem ipsi praebendam sufficiant, tum necessitatis ratio nos etiam huc vocat, ut curatores ad Deum respicientes, administrationem, *tanquam in suis rebus*, peragant. Volumus enim, ut facto decreto, quod curam illi concedit, divinis eloquiis tactis imponatur, *quod quavis via utilitatem minoris procurabit.*

Hier wird zwar dem Vormunde bey Ausleihung der Pupillengelder die größte Gewissenhaftigkeit eingeschärft, so wie es auch sein Eid, den er beym Antritt der Vormundschaft schwört, nämlich den Nutzen des Pupillen möglichst zu befördern, mit sich bringt; es wird ihm aber doch im Ganzen nicht mehr Fleiß und Vorsicht zugemuthet, als er

bey Verwaltung seines eigenen Vermögens anzuwenden pflegt [37]).

Da die Gesetze dem Vormunde die Vergünstigung, nur diligentiam, quam in suis rebus adhibere solet, in Angelegenheiten seines Pupillen prästiren zu dürfen, in Rücksicht seines lästigen Amtes, welches er zu übernehmen gezwungen ist, angedeihen lassen [38]); so macht sich der Vormund dieser gesetzlichen Nachsicht verlustig, wenn er sich zur Verwaltung aufdrängte, z. B. sich unter mehreren testamentarischen Vormündern durch angebotene Cautionsleistung die Vormundschaft allein übertragen ließ [39]). Hierher gehört die merkwürdige Stelle aus des Paulus *libro XXXIX. ad Edictum.*

L. 53. §. 3. *D.* de *furtis* [40]) (XLVII. 2.) Qui alienis negotiis gerendis se obtulit, actionem furti non habet, licet culpa eius res perierit: sed actione negotiorum gestorum ita damnandus est, si dominus actionem ei cedat. Eadem sunt in eo, qui pro tutore negotia gerit: vel *in eo tutore*, *qui*

37) S. Marezoll's Bemerkungen über die Verbindlichkeit der Vormünder, die Mündel-Capitalien verzinslich auszuleihen; (in dem Archiv für die civilist. Praxis von Löhr, Mittermaier u. Thibaut 9. B. Nr. II. S. 4a. f.)

38) *L.* 20. *C. de negot. gest.*

39) S. Voet Comm. ad Pand. Lib. XXVII. Tit. 3. §. 12. Montanus Cap. XXXIX. nr. 41.

40) In der neuen Ausgabe des Corp. J. C. von Beck ist es die *L.* 55. §. 3. *D. de furt.* weil er die *L.* 37. *eodem* getrennt, und die andere Hälfte, vor welcher der Name Paulus steht, zu einer eignen Lex nämlich L. 38. gemacht hat.

DILIGENTIAM *praestare debeat:* veluti qui ex pluribus tutoribus testamento datis, oblata satisdatione, solus administrationem suscepit.

Das Wort diligentia bezeichnet hier die Beflissenheit eines durchaus fleißigen Hausvaters, was man im recht eigentlichen und vorzüglichen Verstande *diligentia* nennt, eine Beflissenheit, welche das Aeusserste, was man an diligentia von einem fleißigen Manne nur immer verlangen kann, in sich schließt, und jene Entschuldigung, daß man gerade in dieser Art von Thätigkeit nachläßig zu seyn pflege, womit sich auch sonst ein im Ganzen fleißiger Mann, der nur diligentiam, *quam in suis* etc. zu prästiren hat, entschuldigen könnte, durchaus nicht zuläßt, sondern nur da, wo alle Imputation aufhört, ihre Gränze findet[41]). Eine solche diligentia wird nun hier ausnahmsweise von einem solchen Tutor verlangt, der sich zur Vormundschaftsverwaltung gedrängt hat. Z. B. wenn er, wie unsere Gesetzstelle den Fall hat, unter mehreren testamentarischen Vormündern durch angebotene Cautionsleistung die Verwaltung allein übernahm. Es gilt dieses aber, wie Cujaz[42]) ganz richtig sagt, auch von einem solchen Vormunde, der ex pluribus tutoribus aut curatoribus *ex inquisitione* a magistratu datis, sich allein aus eignem freien Willen der Administration unterzog, so wie von jedem andern Tutor oder Curator, der sich zur Vormundschaft aufgedrungen hat. Ein solcher Vormund muß ohne Ausnahme, und unbedingt culpam

41) S. Hasse Culpa des Röm. Rechts. §. 38.

42) Commentar. in Libr. XXXIX. Pauli ad Edictum ad L. 53. §. 3. D. de furtis. (*Oper. postumor. a* FABROTO *editor.* Tom. II. pag. 621.)

omnem präſtiren. Eben deswegen ſoll ihm auch die actio furti nicht zuſtehen, wenn durch ſeine culpa, ſey ſie auch an ſich nur eine levis, eine Sache ſeines Mündels entwendet worden iſt [43].

Es giebt nun auch noch Fälle, wo die Verbindlichkeit des Vormundes nur auf dolus und culpa lata geſtellt wird. Dahin gehört,

1) wenn Vormünder beym Ankaufe von Grundſtücken mit dem Gelde der Pupillen zwar bona fide gehandelt, aber doch einen nicht ſo vortheilhaften Handel geſchloſſen haben, als vielleicht möglich geweſen wäre, wenn ſie damit weniger geeilt hätten. Von dieſem Falle ſpricht Ulpian *libro XXXV. ad Edictum*, woraus die *L.* 7. §. 2. *D. h. t.* genommen iſt.

Competet adversus tutores tutelae actio, si male contraxerint, hoc est, si praedia comparaverint non idonea per sordes et gratiam. Quid ergo, si neque sordide, neque gratiose, sed non bonam conditionem elegerint? Recte quis dixerit, *solam latam negligentiam* eos praestare *in hac parte* debere.

Die Worte *in hac parte*, d. h. in dem vorliegenden Falle, geben deutlich zu verſtehen, daß hier von einem Ausnahmsfalle die Rede ſey. Von einem ſolchen Falle verſtehen dieſe Stelle auch Jac. Cujaz [44], Paul Monta-

43) *L.* 85. *D. de furtis.* S. Haſſe §. 83. S. 416. f.

44) Recitation. in Cod. ad Tit. 51. libri V. Arbitrium tutelae. Verbb. Altero etiam casu.

nus [45]), Gerh. Noodt [46]) und Joseph Finestres [47]). Diese Ausnahme hat ihren Grund darin, weil die Vormünder nach den Gesetzen der Pandecten dazu angewiesen waren, mit dem Gelde ihrer Pupillen Grundstücke anzukaufen, im Unterlassungsfalle aber Zinsen, unter Umständen auch sehr hohe Zinsen, entrichten mußten [48]), sogar nach Unterschied der Fälle in Strafe verfallen konnten [49]). Wer konnte es also den Vormündern verdenken, wenn sie hier nicht zauderten [50])?

2) Wenn der Vater des Mündels oder der Vorgänger des Vormundes Pupillengelder ausgeliehen hat; so ist der Vormund in Ansehung solcher Forderungen, die nicht durch ihn und seine Thätigkeit ursprünglich entstanden sind, nicht für die Fehler seiner Vorgänger beym Ausleihen verantwortlich, sondern er steht nur für eigene culpa lata in non exigendo, also für den Verlust der Forderung wegen unterlassener Beytreibung aus offenbarer Nachläßigkeit.

L. 2. C. Arbitrium tutelae. Imp. ANTONINUS A. Praesentino. Nomina paternorum debitorum si idonea fuerint initio susceptae tutelae, et *per latam culpam tutoris* minus idonea tempore tutelae esse coeperunt: iudex, qui super ea re datus fuerit, dispiciet: et *si palam dolo tutoris, vel manifesta negligentia cessatum est*, tutelae iudicio damnum,

45) Tr. de iure tutelar. et curation. Cap. XXXIX. nr. 55.

46) Comm. ad Dig. h. t. in fin. Tom. II. *Opp.* pag. 560.

47) Hermogenian. Tom. I. ad L. 50. D. h. t. §. 8. pag. 568 sq.

48) *L. 5. pr. L. 7. §. 3 et 7. D. h. t. L. 24. C. eodem.*

49) *L. 49. D. h. t. L. 3. §. 16. D. de susp. tutor.* S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Confecto.* pag. 558.

50) S. Hasse §. 63. S. 348 f.

quod ex cessatione accidisset, pupillo praestandum esse, statuere curabit.

Auch diese Stelle wird von den Meisten[51]), und zwar mit Recht, von einer Ausnahme verstanden. Denn Gelder, die der Vormund selbst verzinslich ausgeliehen hat, stehen auf seine Gefahr, d. h. er muß hier für jede culpa haften, deren er sich sowohl in contrahendo nomine, als in non exigendo schuldig gemacht hat[52]). Der Vormund hat hier im Falle der Insolvenz des Schuldners immer die Vermuthung gegen sich, und er muß sich mit dem Beweise reinigen, daß ein Fall der Beschränkung vorhanden sey[53]). Wäre nun der Vormund auch bey Forderungen des Pupil-

51) S. Cujacius Recitat. in Cod. c. l. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Altera.* pag. 560. *Ant.* Schulting ad Julii Pauli Sentent. Receptar. Lib. II. Tit. 14. Not. 20. (in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 289.) *Franc.* Duarenus Commentar. in h. Tit. Pandect. Cap. 5. (*Oper.* pag. 302.) *Jo.* Voet Comm. ad Pand Tom. II. h. t. §. 8. in fin. besonders Lib. XXVII. Tit. 3. §. 12. circ. fin. Gesterding von der Verantwortlichkeit des Vormundes in Ansehung ausstehender, zum Vermögen des Mündels gehörender, Forderungen (im Archiv für die civilist. Praxis. 2. B. Nr. XX. S. 241). Anderer Meinung scheint Hasse §. 73. S. 350 ff. zu seyn.

52) *L.* 16. *D. h. t. L.* 37. *D. de negot. gest. L.* 35. *D. de reb. cred. L.* 35. *L.* 44. *D. h. t. L. ult.* §. 9. *D. de administrat. rerum ad civitat. pertinent.* (L. 8.) *L.* 18. *C. eodem.* S. Marezoll's (Not. 37.) angef. Bemerkungen. (Im Archiv für die civ. Praxis 9. B. S. 37. Not. 2.) Vergl. auch *Jac.* Cujacii Comment. in libr. V. Responsor. Papiniani. ad L. 39. pr. D. h. t. (*Opp. postum.* T. I. pag. 189).

53) *L.* 11. *D. de probat.*

len, die ursprünglich nicht von ihm herrühren, für gleiche culpa verantwortlich, so würde ihm auch hier der Beweis obliegen. Allein so ist es nicht. Das Gesetz sagt, es muß klar am Tage liegen, daß durch den Dolus des Vormundes, oder durch eine grobe Nachläßigkeit desselben, in Beytreibung der Forderung, der Verlust derselben bewirkt worden sey. Da hierin der Grund der Klage beruht, so muß natürlich auch der Kläger diesen Beweis übernehmen. Für den Vormund streitet hier die Vermuthung. Er konnte es mit Recht dem Vater, oder seinem Vorgänger zutrauen, daß dieser sich beym Ausleihen vorgesehen habe. Bey solchen Schuldforderungen des Pupillen, die der Vormund bey Uebernehmung seines Amts vorfindet, liegt ihm blos die Pflicht ob, solche zur rechten Zeit beyzutreiben. Wer kann dieß aber immer wissen? Es kommt ja immer erst darauf an, ob der Vormund auch Gründe hatte den Schuldner für unsicher zu halten. Denn gewöhnlich pflegen Schuldner ihren Vermögensverfall möglichst zu verstecken, der Vormund kann daher oft gar nichts davon erfahren. Es ist daher sehr vernünftig, daß hier der Vormund eines Dolus oder einer offenbaren negligentia, welche in unserm Gesetz culpa lata genennt wird, überwiesen werden muß, wenn der Mündel deswegen berechtiget seyn soll, von demselben Entschädigung für den erlittenen Verlust zu verlangen. Dieß wäre z. B. der Fall, wenn der Schuldner schon lange Zeit keine Zinsen mehr bezahlt hätte, und der Vormund dieß so hingehen lassen, ohne sich um den Schuldner weiter zu bekümmern. Paulus spricht zwar ohne Einschränkung, wenn er *libro II. Sententiarum* [54]) sagt: Si tutor constitutus, *quos invenerit debitores*, non conve-

54) *L.* 15. *D. h. t.*

nerit, ac per hoc minus idonei efficiantur, vel intra sex primos menses pupillares pecunias non collocaverit: ipse in debitam pecuniam et in usuras eius pecuniae, quam non foeneravit, convenitur. Allein da hier von zwey ganz verschiedenen Fällen die Rede ist, so setzte **Paulus** den in jedem derselben zu prästirenden Grad der Nachlässigkeit als bekannt voraus, eben so wie **Papinian** im gleichen Falle spricht, wenn er *libro V. Responsorum*[55]) sagt: *Negligentiae* tutorum periculo nominum, quae pater usuris maioribus fecit, adscripto, pupilla quidem actionem calendarii praestare cogitur, exactas autem usuras tutelae tempore citra ullam compensationem retinet. Endlich

3) wenn dem Vormunde die Rechnungsablegung gültig erlassen worden ist, so hat dieses die Folge, daß er nur für den Dolus und grobes Versehen haften darf[56]). Dieß ist a) der Fall, wenn der Pupill, nachdem er die Mündigkeit erreicht hat, von seinen Vormündern Rechnungsablegung zu fordern in seinem Testamente verboten hat.

55) *L.* 39. §. 14. *D. h. t.* Man vergleiche hier besonders *Jac.* Cujacii Comment. in lib. V. Respons. Papiniani ad h. L. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 201.)

56) S. Cujacius Commentar. in Lib. XXI. Digestor. Salvii Juliani ad §. *Julianus* L. 5. D. de administr. tutor. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. III. p. 146.) Voet Commentar. ad Pand. Tom. II. Lib. XXVII. Tit. 3. §. 12. circ. fin. Montanus Cap. XXXIX. nr. 47. *Christph. Lud.* Crell Diss. de tutore aneclogisto, et quando rationes tutelae reposci nequeant. *Vitemb.* 1741. §. 7 et 8. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 517.

L. 41. *D. h. t.* Papinianus *libro VI. Responsorum.* Qui plures tutores habuit, unum, qui solvendo non fuit, rationem actus sui vetuit reddere: quoniam eius liberatio, quod ex tutela percepit, aut dolo contraxit, non est relicta, contutores, qui suspectum facere neglexerunt, ex culpa recte conveniuntur. Tutor enim legatarius ex culpa, quae testamento remissa est, non tenetur.

Wäre der Tutor, dem die Rechnungsablegung war erlassen worden, nicht insolvent gewesen, so hätte er nur den Schaden ersetzen dürfen, den er durch dolus, oder culpa lata verursacht hat; denn darin besteht eben die Wirkung erlassener Rechnungsablegung, ut ne scrupulosa inquisitio fiat, hoc est, *ut negligentiae ratio non habeatur*, wie Marcianus *libro I. Regularum* [57]) sagt. Darum muß nun der Mitvormund den Schaden ersetzen, weil er ihn suspect zu machen unterließ.

L. 20. §. 1. *D. de liberatione legata.* Modestinus *libro X. Responsorum.* Cajus Sejus quum adolevisset, accepit curatores Publium Maevium et Lucium Sempronium; sed enim idem Cajus Sejus intra legitimam aetatem constitutus, quum in fatum concederet, testamento suo de curatoribus suis ita cavit: *quaestionem curatoribus meis nemo faciat, rem enim ipse tractavi.* Quaero: an rationem curae heredes adulti a curatoribus petere possint: quum defunctus, ut ex verbis testamenti apparet, confessus sit, se omnem rem suam administrasse? Modestinus respondit: *si quid dolo curatores fe-*

57) *L.* 119. *D. XXX. de legatis I.*

cerunt, aut si quae res testatoris penes eos sunt, eo nomine conveniri eos posse.

L. 72. §. 3. *D. de condit. et demonstrat.* PAPINIANUS *libro XVIII. Quaestionum.* Quid ergo, si ita scriptum sit. *Peto post mortem tuam restituas hereditatem, ita ne satis fideicommissi petatur, neve ratio exigatur?* Sine dubio per huiusmodi verba non interponendae quidem cautionis conditio videbitur adscripta, *rationi vero non exigendae modus adhibitus, scilicet ut culpa, non etiam dolus remissus intelligatur.* Idque in eius persona, qui negotia gessit, *cuique rationis reddendae necessitas fuerat testamento remissa,* rescriptum est.

L. 9. *D. de liberat. legata.* ULPIANUS *libro XXIV. ad Sabinum.* Si quis rationes exigere vetetur, ut est saepissime rescriptum, non impeditur reliqua exigere, quae quis ipse reliquavit [58]), et *si quid dolo fecit, qui rationes gessit.*

b) Wenn der Vater in seinem Testamente dem seinen Kindern bestellten Vormunde die Ablegung der Rechnung

58) Das Wort *reliquari*, oder, wie hier, *reliquare* wird in unsern Gesetzen von dem gebraucht, welcher nicht das Ganze bezahlt, was er schuldig ist, sondern mit einem Theil der Schuld im Rückstande bleibt. *L.* 46. *pr. D. h. t. L.* 23. *pr. D. de peculio leg. L.* 24. *D. ad Municip.* S. SALMASIUS Observation. et Emendat. ad ius Attic. et Rom. Cap. II. pag. 46. DUCKER Opusc. de Latinitate ICtor. vet. pag. 425. Not. 12. und WESTENBERG Div. Marcus. Diss. XXII. §. 8. (*Opp. a* JUNGIO *editor.* Tom. III. pag. 235.)

erlassen hat; so befreiet dieß zwar den Vormund nicht von seiner Pflicht. Er muß doch durch eine Berechnung nachweisen, worin das Vermögen besteht, welches er verwaltet hat. Denn er muß es ja herausgeben, und anders läßt sich doch nicht füglich beurtheilen, ob er bona fide administrirt hat. Allein der Vormund genießt auch hier den Vortheil, daß er nur dolum und culpam latam zu prästiren hat[59]).

L. 5. §. 7. *D. h. t.* ULPIANUS *libro XXXV. ad Edictum.* JULIANUS libro vicesimo primo Digestorum huiusmodi speciem proponit. Quidam decedens filiis suis dederat tutores, et adiecerat: *eosque aneclogistos*[60]) *esse volo:* et ait JULIANUS, tu-

59) S. CRELL. Diss. cit. §. 8.

60) Die BASILICA *Lib. XXXVII. Tit. 7. Const. V.* Tom. IV. FABROTI pag. 831. gebrauchen diesen Ausdruck nicht, sondern haben: *κἂν εἴπη ἀλογοθετήτους αὐτοὺς εἶναι,* i. e. *ut a reddendis rationibus immunes essent.* Deswegen hält *Jo.* LEUNCLAVIUS Notator. Lib. II. cap. 57. (Tom. III. *Thes. Jur. Rom. Otton.* pag. 1517.) den Ausdruck *aneclogisti*, so wie er in der florentinischen Ausgabe gelesen wird, für corrupt; *ἀλογοθετήτοι* sey der rechte Name, so wie ihn die Basiliken gefaßt haben. Allein da der Ausdruck *aneclogisti* in unserm Gesetz zweymal gebraucht wird, so ist wohl eher mit DUCKER Opuscul. de Latinitate ICtor. vet. pag. 404. not. 7. anzunehmen, er müsse im gemeinen Sprachgebrauche gewöhnlich gewesen seyn. Denn es sind die Worte des Testirers, welche Ulpian hier beybehalten hat, und nachher nochmals wiederholt. Haloander hat die Ausdrücke griechisch gegeben: *ἀνεκλογίστους* und *ἀνεκλόγιστοι*, und diese vertheidiget auch *Andr.* ALCIATUS Parerg. iuris Lib. II. cap. 25. (*Oper.* Tom. II.

tores, *nisi bonam fidem in administratione praestiterint*, damnari debere: quamvis testamento comprehensum sit, *ut aneclogisti essent:* nec eo nomine ex causa fideicommissi[61]) quicquam consequi debebunt, ut ait JULIANUS, et est vera ista sententia. Nemo enim ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus, nec mutare formam antiquitus constitutam. Damnum vero quodcumque ex tutela quis senserit, et legari et per fideicommissum relinqui potest.

Offenbar geht hier Cujaz[62]) zu weit, wenn er be-

pag. 232. *Basiliae* 1550. f.) Das *ἀνεξετάστους* bey Scävola *L.* 23. §. 2. *D. de peculio legato*, welches Haloander durch *excatiendis rationibus solutos* übersetzt, scheint das Nämliche zu seyn. S. BRISSONIUS de V. S. voc. Ανεκλογιστος.

61) D. h. es ist nicht die Meinung des Testirers gewesen, daß wenn die Vormünder sich bey der Verwaltung eines doli mali schuldig gemacht haben, die Erben auch dieses ihnen nachsehen und erlassen sollten. Dieses würde nur dann der Fall seyn, wenn ihnen auch in diesem Falle, wie am Ende der Gesetzstelle gesagt wird, der Schadensersatz als ein Legat ausdrücklich wäre erlassen worden. Ein solches Legat oder Fideicommiß ist gültig, so wie auch ein Transact, der nach geendigter Vormundschaft über den dolus geschlossen wird. *L.* 4. *C. de transact.* (II. 4.) *L.* 8. *Cod. Arbitrium tutelae.* S. über die Lesart der letztern Gesetzstelle *Jac.* CUJACIUS Observation. Lib. XVII. Cap. 6. in fin. u. Heinr. Ed. Dirksen civilist. Abhandlungen. 2. B. 3. Abh. S. 455 f. S. überhaupt aber CRELL Diss. cit. §. 3.

62) Commentar. in Libr. XVIII. Quaestion. Papiniani ad L. 72. §. 3. D. de condit. et demonstrat. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 502.).

hauptet, daß Erlassung der Rechnungsablegung auch die Prästation der culpa lata aufhebe. Denn wenn gleich in den angeführten Gesetzstellen gesagt wird, daß nur culpa aber nicht dolus erlassen sey, so ist doch allgemein bekannt, daß wenn die Gesetze dolus und culpa einander gegenüber stellen, unter dieser letztern immer culpa levis verstanden wird, weil die culpa lata schon unter dem dolus begriffen ist[63]).

Die heutigen deutschen Gesetzgebungen nehmen bey der praestatio culpae eines Vormundes nicht mehr überall die diligentia, quam in suis, zum Maasstabe, sondern sie verpflichten die Vormünder, das Vermögen ihrer Mündel oder Curanden mit aller Aufmerksamkeit eines redlichen und fleißigen Hausvaters zu verwalten, und auf die Angelegenheiten ihrer Pflegbefohlnen denjenigen Grad der Beflissenheit zu verwenden, den ein ordentlicher Mann in seinen eignen Angelegenheiten gewöhnlich anwendet. Vermöge derselben muß also der Vormund für jede culpa levis in abstracto haften[64]). Nur die Sächsische

63) S. Hasse Culpa des R. Rechts. §. 43.

64) S. z. B. die Churpfälz. Vormundschaftsordn. Art. XVII. (in der Landesordn. v. J. 1590. f. S. 112.) der Stadt Frankfurt erneuerte Reformation v. J. 1578. Th. VII. Tit. 5. Fränkische Landgerichtsordnung 3. Th. Tit. 21. Ostfries. Landrecht. B. II. Kap. 239. u. 240. Churbayerisches Landrecht (Codex Maximil. Bavar. civ.) 1. Th. Kap. 7. §. 14. Allgemeines Preuß. Landrecht 2. Th. Tit. 18. §. 275. ff. Oesterreich. bürgerlich. Gesetzbuch 1. Th. §. 225. und von Zeiller Commentar 1. B. S. 464 ff.

Vormundschaftsordnung[65]) ist dem Röm. Rechte getreu geblieben. In dieser heißt es: „Insgemein haben Vormünder — alle Sorgfalt zu beweisen, die fleißige Hauswirthe, und sie selbst bey ihrem eigenen Vermögen anwenden[66]).“ Doch auch ausserhalb Sachsen macht das Römische Recht noch jetzt die Regel, wo nicht die besonderen Vormundschaftsordnungen, die jedoch noch häufig einen Unterschied zwischen culpa levis und levissima machen, ein Anderes verordnet haben. Es ist daher wohl nur einer unrichtigen Erklärung des Röm. Rechts zuzuschreiben, wenn mehrere practische Juristen[67]) den Vormund durchaus culpam levem in abstracto vertreten lassen.

§. 1333.b.

Welche Culpa haben die Erben des Vormundes zu prästiren? Verschiedene Erklärungen der *L. 1. Cod. de heredibus tutorum vel curatorum.*

Wenn die Frage entsteht, für welche Culpa die Erben eines verstorbenen Vormundes zu haften haben, so lassen sich zwey Fälle gedenken. Es ist nämlich entweder davon die Rede, wie weit die Erben das Verschulden ihres Erblassers zu vertreten haben, oder es ist von ihrer eigenen Culpa die Frage. Der letzte Fall bleibt dem Tit. 7. libri XXVII. vorbehalten. Den ersten entscheidet Hellfeld hier, indem er sagt: Die Erben sind blos für do-

65) Chursächs. Vormundschaftsordn. Kap. XV. §. 1.

66) S. *de* Berger Oeconom. iuris Lib. I. Tit. 4. Th. X. Not. 12. et Haubold ad *Eundem*. Not. v. Tom. I. pag. 208.

67) S. Stryk Us. mod. Pandect. Tom. II. h. t. §. 22. Lauterbach Colleg. theor. pract. Pand. P. II. §. 33.

lus und culpa lata ihres Erblassers verantwortlich. Dieß ist auch richtig[68]. Träte nicht bey den Erben des Vormundes ein anderes Verhältniß, wie bey dem Vormund selbst, ein, wozu wäre ein eigner Titel, der Titel im Codex *de heredibus tutorum vel curatorum* (V. 54.) nöthig gewesen? In der That haben auch die Gesetze die Vertretungsverbindlichkeit der Erben deutlich genug geringer angegeben, als die des Vormundes selbst. Sie sollen nämlich nur grobe Administrationsfehler ihres Erblassers zu prästiren haben, für eine bloße negligentia desselben, die keine culpa lata ist, sollen sie in der Regel nicht haften, wenn nicht etwa der Proceß gegen den Vormund noch bey dessen Leben seinen Anfang genommen hat. Hier haften die Erben ohne Unterschied. Folgende Gesetzstellen sind hier besonders merkwürdig.

L. 4. D. de magistrat. conveniend. ULPIANUS *libro III. Disputationum.* Non similiter tenentur heredes magistratuum, ut ipsi tenentur: *nam nec heres tutoris negligentiae nomine tenetur.* Nam magistratus quidem in omne periculum succedit: heres ipsius dolo proximae culpae succedaneus est.

68) S. *Frid. Gottl.* ZOLLER Diss. de culpa ab heredibus tutorum curatorumve tam ex facto tutoris, quam ex facto proprio conventis praestanda. *Lipsiae* 1779. besonders Hasse Culpa des Röm. Rechts. §. 72—75. S. 340—370. und Anhang I. S. 601—615. Man sehe auch *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 29. SCHOEMAN's Lehre vom Schadensersatze 1. Th. S. 166 f. und Hänel anges. Versuch §. 100.

Ulpian wollte hier zeigen, daß es bey den Erben des magistratus, in Absicht auf die Entschädigung des Pupillen, nicht eben so sey, wie bey dem Magistrat selbst, der den Tutor bestellt hat. Es scheint dieß streitig gewesen zu seyn, wie aus der Inscription des Fragments erhellet. Denn die libri Disputationum, woraus dasselbe genommen ist, enthielten streitige Rechtsfragen, nicht gerade disputationes fori, wie Seger[69]) sagt, sondern controversias scholarum. Ulpian setzt den Unterschied darin; der Magistrat trete, wenn er einen tutor non idoneus bestellt hat, in die ganze Gefahr ein, d. h. alles, was ein solcher Tutor bey der Verwaltung der Vormundschaft versehen hat, müsse er vertreten, also auch die culpa levis, so weit sie der Vormund zu prästiren hat[70]); der Erbe des magistratus hingegen succedire nur in die culpa lata, welche der Tutor begangen hat. Den Grund nimmt Ulpian von dem Erben des Tutors her, dieser hafte auch nicht für eine bloße Nachläßigkeit seines Erblassers. Offenbar muß also das, was hier Ulpian als Grund angiebt, unbestrittenes Recht gewesen seyn; so wie er für jene Behauptung an einem andern Orte, nämlich *libro primo ad Edictum*[71]), sich noch auf ein Rescript des Divus Pius beruft. Es ist also nach diesem Gesetz ausser Zweifel, daß die Verbindlichkeit des Vormundes rücksichtlich der praestatio culpae von größerm Umfange sey, als die seines Erben, weil dieser nur für culpa lata des Vormundes haften darf. Eben dieß bestätiget weiter:

69) *Jo. Th.* Seger Diss. de Ulpio Marcello. *Lips.* 1768. pag. 19.

70) S. *L.* 3. §. 8. *D. h. t.*

71) *L.* 6. *D. de magistrat. conveniend.*

L. 39. §. 6. *D. h. t.* PAPINIANUS *libro V. Responsorum.* Tutor datus adversus ipsam creationem provocavit: heres eius postea victus, praeteriti temporis periculum praestabit, *quia non videtur levis culpa*, contra iuris auctoritatem mandatum tutelae officium detrectare.

Es ist hier nicht von dem Falle die Rede, da lis gegen den Vormund contestirt gewesen, denn die Litiscontestation verändert nur dann die Lage des Erben, wenn wegen des angerichteten Schadens selbst schon gegen den Vormund geklagt worden ist. Hier hatte aber der tutor datus noch gar nicht gerirt, weil die Frage, ob er überhaupt zu geriren verbunden sey, erst nach seinem Tode für sich allein entschieden wurde[72]). Es war aber auch keine culpa levis, wie das Gesetz sagt, sondern eine culpa lata dolo proxima, deren sich der Vormund dadurch schuldig gemacht hatte, daß er gegen seine Bestellung ohne rechtmäßigen Grund appellirt, und durch diese Verzögerung den Pupillen in Schaden gebracht hatte. Für eine solche culpa mußte allerdings der Erbe unbedingt haften.

Von dem Falle der Litiscontestation aber sprechen folgende Gesetzstellen.

L. 8. §. 1. *D. de fideiussoribus et nominatorib. et heredibus tutorum et curator.* (XXVII. 7.) PAULUS *libro IX. Responsorum.* PAULUS respondit, tale iudicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit. Hoc eo perti-

72) S. Hasse §. 72. S. 344.

net [73]), ut non excusetur heres, si dicat, se instrumenta tutelaria non invenisse: nam cum ex omnibus bonae fidei iudiciis [74]) propter dolum defuncti heres teneatur, idem puto observandum et in tutelae actione. *Sed constitutionibus subventum est ignorantiae heredum;* hoc tamen tunc observandum est, cum post mortem tutoris heres conveniatur, non si lite contestata tutor decesserit: nam litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte, et temporales perpetuantur.

Hier spricht Paulus zuerst den Satz aus: das iudicium tutelae geht gerade so auf den Erben des Vormundes über, wie es der Verstorbene selbst aufgenommen hat. Dieses wendet nun Paulus auf einen Fall an, wo sich der Vormund, wie sich aus dem Gesetz schließen läßt, nicht einer culpa levis, sondern eines Dolus schuldig gemacht hatte, welcher darin bestand, daß er Urkunden, die die Vormundschaft betrafen, abhanden gebracht. Hier ist nun aber der Fall, wo der Dolus eine besondere Strafe zur Folge hat; nämlich der Kläger konnte gegen den Vormund zum iusiurandum in litem gelassen werden. Daß der Erbe für den dolus des Vormundes haf-

73) Die Leseart der florentinischen Ausgabe pertinet, scheint allerdings richtiger zu seyn, als die der Haloandrinischen *pertinere*, welche Hasse §. 76. S. 369. not. a. für falsch erklärt. Gleichwohl findet sich auch diese Leseart bey Miräus, und Beck hat sie in seine neue Ausgabe vom Corpus I. C. aufgenommen.

74) Die florentinische Ausgabe hat bona fide iudiciis. Allein die gemeine Leseart bonae fidei iudiciis ist vorzuziehen.

ten müsse, hatte an sich keinen Zweifel. Denn so ist es, sagt Paulus, bey allen bonae fidei Klagen, und also auch bey der actio tutelae[75]. Allein sollte nun auch die poena doli auf den Erben übergehen? der Erbe entschuldigte sich damit, er habe keine instrumenta tutelaria gefunden. Allein diese Entschuldigung half ihm hier nichts, weil die Litiscontestation auch Pönalklagen auf die Erben übergehen läßt. Die Unwissenheit hätte dem Erben nach den Constitutionen, dieß sind wohl ohne Zweifel, wie Cujaz[76] meint, die Verordnungen der Kaiser Antoninus und Gordianus, L. 2. *et* 4. *C. de in litem iurando*, nur dann zur Entschuldigung gereichen können, wenn er selbst erst nach dem Tode des Vormundes mit der actio tutelae wäre in Anspruch genommen worden[77]. Hasse[78] erklärt zwar die Worte: *Sed Constitutioni-*

75) *L.* 12. *D. de obligat. et act.* POMPONIUS *libro XIX. ad Sabinum.* Ex depositi, et commodati, et mandati, et *tutelae*, et negotiorum gestorum causa *ob dolum malum defuncti heres in solidum tenetur.*

76) Commentar. in Lib. X. Responsor. Julii Pauli ad h. L. (*Opp. postum.* Tom. III. pag. 56.)

77) *L.* 4. *C. de in litem iurando.* (V. 53.) Imp. GORDIANUS A. Mutiano. Alio iure est tutor, alio heres eius. Tutor enim inventarium, caeteraque instrumenta si non proferat, in litem iusiurandum adversus se potest admittere: at enim heres eius ita demum, si reperta in hereditate dolo malo non exhibeat. Sed cum *adversus ipsum tutorem litem contestatam esse* dicatis: transferentibus vobis in heredes eius actionem, Praeses provinciae partes suas exhibebit: non ignorans, nisi exhibeantur instrumenta, quatenus iuxta formam constitutionum partes suas debeat moderari.

78) A. a. O. S. 370.

bus subventum est ignorantiae heredum so, „es solle nach ausdrücklichen kaiserlichen Verfügungen die Unwissenheit der Erben geschont, es sollen also auch dieselben nicht wegen einer bloßen Nachlässigkeit des Vormundes, die vielleicht nur scheinbar seyn könnte, in Anspruch genommen werden können;" allein das Gesetz sagt davon nichts. Das Gesetz ist von mir nur dazu angeführt worden, um den Einfluß der Litiscontestation auf die Verantwortlichkeit der Erben für die Administrationsfehler des Vormundes zu zeigen. Daß aber auch diese den Grund enthält, warum der Erbe ausnahmsweise für culpa levis des Vormundes haften muß, beweist folgende wichtige Verordnung.

L. 1. C. de heredibus tutorum vel curatorum. (V. 54.) Impp. Severus et Antoninus AA. Fusciano. Heredes tutoris ob negligentiam, *quae non latae culpae comparari possit*, condemnari non oportet, *si non contra tutorem lis inchoata est*, neque ex damno pupilli lucrum captatum, aut gratia [79]) praestitum sit.

79) Die Lesart ist hier verschieden. Einige lesen gratiae. Z. B. Haloander, Russard, Contius, und einige Handschriften, welche Hasse §. 72. S. 342. Not. a. anführt. Gratia aber lesen die meisten, als Charondas, Chevalfonius, Baudoza, Hugo a Porta, Pacius, Merlinus, Dionys. Gothofredus, und Spangenberg. Die Lesart gratis hingegen ist, wie Charondas bey dieser Stelle am Rande seiner Ausgabe bemerkt hat, offenbar inept. Spangenberg in der Gebauerschen Ausgabe des Corpus iuris civ. zur L. 1. cit. Not. 5. beschuldigt den Russard, er habe dieser inepten Lesart Beyfall gegeben. Er führt die

Hier sanctioniren nun die Kaiser Severus und Antoninus abermals, was schon Ulpian und Papinian ganz bestimmt ausgesprochen hatten, nämlich, die Erben des Vormundes sollen wegen einer Verschuldung desselben, welche keine lata culpa ist, nicht zum Schadensersatz verurtheilt werden. Sie bestätigen auch die Ausnahme, wenn der Proceß gegen den Vormund schon bey dessen Lebzeiten anhängig gemacht worden war. Hier tritt ein, was oben Paulus sagte: tale iudicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit. Soviel aber die beyden andern Bestimmungen anlangt; so erklären die Gesetze dieß eigentlich für einen Dolus, wenn man sich mit eines Andern Schaden einen Gewinn zu verschaffen sucht. Dicendum est, adhuc *doli exceptionem* obstare, sagt Paulus *L. 13. in fin. D. de rebus eor. qui sub tutela vel cura sunt*, si lucrum *captet* pupillus ex damno alieno. Schon das Wort *captare* deutet auch auf ein Bestreben hin, sich mit fremden Gute einen Gewinn zu verschaffen. Es heißt im eigentlichen Sinne so viel, als bona aliorum venari et aucupari lucrum [80]), und

Randglosse desselben selbst mit folgenden Worten an: *In multis veteribus et excusis legitur gratis, nec inepte.* Ich besitze beyde Ausgaben des Russards vom Codex, die in folio *Lugduni* 1561, und die in Octav. *Antverpiae* 1567. In beyden aber heißt es nicht gratis, sondern *gratia*. Von dieser Lesart konnte auch nur Russard sagen, sie finde sich in vielen alten Handschriften und Ausgaben, von denen ich selbst eine Menge angegeben habe, und nur von dieser Lesart konnte er sagen: nec inepte. Die übrigen theils unbedeutenden, theils offenbar unrichtigen Lesarten der L. 1. führt Hasse an.

80) In den Gesetzen sowohl, als von den Römischen Klas-

läßt sich also nie ohne Absicht und Geflissenheit gedenken. Ob von dem Gewinne Etwas auf die Erben gekommen ist, oder nicht, darauf kommt nichts an, wie auch der griechische Scholiast Thaleläus [81]) in Beziehung auf unser Gesetz bemerkt hat, wenn er sagt: ὀυκ εἶπεν εἰ περιῆλθεν εἰς τοὺς κληρονόμους τὸ κέρδος, ἢ οὐ περιῆλθεν εἰς τοὺς κληρονόμους τὸ κέρδος· ἀλλὰ μόνον, ὅτι ἐκέρδανεν ὁ ἐπίτροπος: i. e. *Non dicit, si lucrum ad heredes pervenerit, vel ad heredes non pervenerit, sed hoc tantum, si lucrum fecerit tutor.* Eben so wird es für einen dolus gehalten, auf Kosten eines Andern freygebig zu seyn, und sich durch Geschenke mit fremden Sachen einen Andern verbindlich zu machen. Species enim lucri est, sagt Gajus *libro XIII. ad Edictum provinciale* [82]): ex alieno largiri, et beneficii debitorem sibi acquirere. Dieß ist es, wenn unser Gesetz sagt: aut *gratia praestitum sit.* Man kann sich hier auch den Fall gedenken, der Vormund gab aus Freund-

sikern wird das Wort *captare* nie in einem andern Sinne genommen. *L.* 1. *pr. D. Si quis aliquem testari prohibuerit.* §. 4. *J. de Societ.* *L.* 25. *C. de Transact.* Juvenalis *Satyr. VI. v.* 39 *et* 40. Martialis *Lib. VII. Epigr.* 20. *et Lib. II. Epigr.* 20. *et Lib. II. Epigr.* 18. Horatius *Lib. II. Sermon. Satyr.* 5. *v.* 23. *et* 24. S. *Ant.* Augustinus Emendation. Lib. IV. cap. 15. *Ant.* Guibertus Costanus Quaestion. iuris memorabil. Cap. 7. nr. 14 et 15. pag. 62. (*Hanovii* 1598. 8) und *Jo.* Corasius Miscellaneor. iuris civ. Lib. V. Cap. 13. nr. 4.

81) *Basilic. Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit.* 7. *Sch. m.* pag. 107.

82) *L.* 54. §. 1. *D. de furt.*

schaft für einen Dritten einen sehr vortheilhaften Handel auf, wozu er das Geld seines Mündels verwenden konnte, und schloß nachher einen andern weit weniger vortheilhaften Kauf. Auch dieß wird für eine culpa lata erklärt [83]). Hier entsteht nun aber die Schwierigkeit, wie diese beyden Ausnahmen mit der Regel zu vereinigen sind, welche blos von der culpa levis des Vormundes spricht. Man hat hier mancherley, obwohl meist mißlungene Versuche gemacht, der Schwierigkeit abzuhelfen. Einige sagen, die L. 1. handle gar nicht von der culpa levis des verstorbenen Vormundes, sondern von der culpa lata desselben. Sie halten die Lesart in den Worten: *quae non latae culpae comparari possit*, für unrichtig; das non sey wegzustreichen, und so zu lesen: ob negligentiam, quae *latae culpae* comparari possit. Man glaubt, die Nothwendigkeit einer solchen Kritik erforderten die Basiliken [84]). In diesen laute unser Gesetz folgendermassen.

Τοὺς κληρονόμους τοῦ ἐπιτρόπου ἀπὸ μεγάλης ἀμελείας οὐ προσήκει καταδικάζεσθαι· εἰ μὴ ἄρα προκατήρχθη ὁ ἐπίτροπος, ἢ κέρδος εἰς αὐτοὺς περιῆλθεν, ἢ ἑτέρῳ τινὶ κατὰ χάριν παρεχώρησεν ὁ ἐπίτροπος.	*Heredes tutoris ex lata culpa condemnari non debent, nisi lis contestata sit cum tutore, vel lucrum ad eos pervenerit, vel alteri per gratiam praestiterit tutor.*

Durch dieses Gesetz, sagt man nun, sey die Strenge des ältern Rechts gemildert worden. Vorher wären näm-

83) *L. 8. §. ult. D. Mandati.*

84) *Basilica Lib. XXXVIII. Tit. 7. Const. IX.* Tom. V. Fabroti pag. 104.

lich die Erben für jede Culpa ihres Erblassers, nicht nur für levis, sondern auch für lata und dolus verantwortlich gewesen, und zwar hätten die Erben für den Dolus in solidum haften müssen, wenn gleich nichts auf sie gekommen wäre[85]). In Ansehung der culpa levis wäre es nun zwar bey dem Alten geblieben, aber was die culpa lata und den dolus anlangt, so seyen die Erben dafür nicht mehr schlechterdings verantwortlich, sondern nur in den drey vom Gesetz bezeichneten Fällen, nämlich 1) wenn mit dem verstorbenen bereits lis contestirt worden, und zwar hafteten in diesem Falle die Erben ex qualibet causa doli aut latae culpa, ausserdem 2) nur wenn der dolus des Vormundes darin besteht, daß sich der Vormund zum Nachtheil seines Mündels einen Gewinn zu verschaffen, oder 3) auf Kosten des Pupillen einen Dritten zu begünstigen oder zu bereichern gesucht hat. Um nun aber auch die oben angeführten Pandecten-Stellen mit dieser Erklärung in Harmonie zu bringen, werden dieselben, wenn sie sagen, der Erbe des Vormundes hafte nicht für culpa levis, von einer negligentia heredis propria verstanden, und weil ihnen hier die *L. 2. Cod. de magistratibus conveniendis* geradezu in den Weg tritt, wo Kaiser Alexander rescribirt: In heredes magistratus, *cuius non lata culpa* idonee cautum pupillo non est, non solet actio dari; so wird auch hier bey den Worten *lata culpa* die Negation weggestrichen. An der Spitze dieser Parthey steht der unsterbliche Cujaz[86]), seine vorzüglichsten An-

85) *L. 12. L. 49. D. de obligat. et act. L. 15. §. ult. D. de div. Reg. iuris.*

86) Observation. Libr. XIII. cap. 39. *Eiusd.* Comment. in Libr. X. Quaestion. Papiniani ad L. 7. D. de servis export. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. I.

hänger sind Johann Voet[87]), Hubertus Giphanius[88]), Gerhard Noodt[89]), und Car. Annib. Fabrotus[90]). Alle stimmen dem Cujaz in Ansehung der Aenderung der Lesart der *L.* 1. *Cod. de hered. tutor.* bey, alle halten die Lesart der Basiliken für richtiger, alle erklären die L. 1. von der culpa lata tutoris. Nur darin gehen Giphanius, Noodt, und Fabrotus vom Cujaz ab, daß sie den Erben von der praestatio culpae levis des Vormunders freysprechen. Denn dafür sprächen die *L.* 4. *D. de magistratibus conveniend.* und *L.* 2. *Cod. eodem* zu deutlich, als daß man hierin der erzwungenen Erklärung, und gewaltsamen Kritik des Cujaz Beyfall geben könnte, indem ausser der Uebereinstimmung aller alten Handschriften, auch selbst die Basiliken[91]) die gemeine Lesart bestätigten.

pag. 266.) *Eiusd.* Paratitla in Cod. ad Libr. V. Tit. 53. de in litem iurando.

87) Commentar. ad Pand. Tom. II. Lib. XXVII. Tit. 7. §. 5.

88) Lecturae Altorphin. ad Tit. 7. Libri XLIV. Pand. de oblig. et act. eiusq. L. 49. pag. 636—641. (*Francof.* 1605. 4.) *Eiusdem* Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. 1. Cod. de hered. tutor. pag. 471—472.

89) Commentar. ad Dig. Lib. XXVII. Tit. 7. §. *Altera quaestio* (*Opp.* Tom. II. pag. 580.) *Idem* de pactis et transactionib. Cap. XII. (*Opp.* Tom. I. pag. 517.)

90) Ad Theophili Paraphr. graec. Inst. Tit. de Satisdat. tutor. vel curat. §. 2. not. x. (Tom. I. pag. 185. edit. *Reitz.*)

91) *Basilic.* Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 8. Constitut. XVI. pag. 114. Οἱ κληρονόμοι τοῦ στρατηγοῦ τότε μόνον κατέχονται, ὅτε κατὰ μεγάλην τοῦ στρατηγοῦ ἀμέλειαν μὴ γέγονε τὸ ἀσφαλές. i. e. *Heredes*

Cujaz ist nachher [92]) selbst von seiner Meinung wieder abgegangen. Zwar ist er seiner Behauptung getreu geblieben, daß nicht ex quolibet dolo vel culpa lata tutorum, die Erben derselben mit der actio tutelae in Anspruch genommen werden könnten, wenn die Tutoren *ante litem contestatam* gestorben wären, sondern *ex dolo tantum, quo spoliis pupilli tutores suas vel aliorum per gratiam auxerint facultates*; jedoch mit der Abänderung, daß *propter auctoritatem* βασιλικῶν *forte eo loco non castigatorum* [93]); in der *L.* 1.

magistratus ita demum tenentur, si LATA CULPA MAGISTRATUS *cautio praestita non sit.*

92) Observation. Lib. XXI. cap. 2.

93) Daß die Lesart der Basiliken unrichtig sey, hätte der große Cujaz schon aus den griechischen Scholien ersehen können, denn in dem *Schol. l.* zum Tit. 7. Libri XXXVIII. Tom. V. pag. 107. heißt es: Ἀμελοῦντος τοῦ ἐπιτρόπου, οὐ καταδικάζεται ὁ κληρονόμος αὐτοῦ εἰ μὴ ἄρα ζῶν ὁ ἐπίτροπος προκάταρξιν ὑπέμεινεν. i. e. *Ex negligentia tutoris* NON *condemnatur heres, nisi tutor litem contestatus sit.* Man muß sich daher billig wundern, wie sich hier so große Rechtsgelehrten haben täuschen lassen können. Doch noch weit mehr ist zu bewundern, wie der gelehrte Spangenberg in der Gebauerschen Ausgabe des Corp. iuris ad L. 1. C. de hered. tutor. not. 3. auf die Auctorität eines alten Codex, den die Göttinger Universitätsbibliothek besitzt, und so liest: *Heredes tutoris ob negligentiam, quae non latae culpae comparari potest, condempnari possunt*, eine offenbar unrichtige Meinung hat bauen mögen, die nämlich, daß der Erbe culpam levem tutoris prästire, da sich doch jener Codex weder durch sein Alterthum, denn er ist aus dem 14. Seculum, wie Spangenberg selbst sagt in Prodromo de Codice repetit. praelect. typis

C. de heredib. tutor. nichts geändert werde. Denn daß es wahr sey, wenn es daselbst heißt: heredes tutorum non teneri *ex non lata culpa*, i. e. ex levi, bestätige *L. 4. D. de magistrat. conven.*, welche keinesweges von der culpa heredis propria verstanden werden könne, weil darin der Erbe des Vormundes mit dem Erben des magistratus verglichen werde, bey dem sich keine propria culpa denken lasse. Daher dürfe nun auch der *L. 2. C. de magistr. conv.* das *non* nicht entzogen werden, wofür ohnehin gar keine gewisse Auctorität angegeben werden könne. Der Satz sey also der: *Heredes non teneri ex non lata culpa tutorum.* Dieser Satz habe aber nur eine Ausnahme, *Nisi ex causa non latae culpae lis contestata fuerit.* Denn die folgenden, dieser Exception beygefügten Worte: *neque ex damno pupilli — praestitum sit*, sollen keine Aus-

mandando pag. 3. noch durch Correctheit empfiehlt, denn die Unwissenheit und Nachläßigkeit des Abschreibers beurkundet sich überall durch die vielen Schreibfehler, und Ergänzungen dessen auf dem Rande, was in dem Text war ausgelassen worden. S. *God. Lud.* Kern Diss. de obligatione tutoris defuncti ex persona heredis haud minuta. *Goett.* 1782. Cap. I. pag. 6. Nicht zu gedenken, daß diese Lesart auch gar nicht zu den folgenden Worten si non etc. paßt, und der Zusammenhang erst dadurch wieder erzwungen werden müssen, daß das *si* hier in der ungewöhnlichen Bedeutung für *etsi* genommen wird, ut sensus sit: *heredem praestare culpam levem tutoris*, ETSI *lis contra defunctum non inchoata, neque ex damno pupilli lucrum captatum, aut gratia praestitum sit:* illo enim casu iudicium semel acceptum *in heredem* transmittitur, hoc vero successor *ex dolo et culpa lata* tenetur *tutoris.*

nahme mehr von dem Satze, daß die Erben nicht für culpa non lata tutoris haften, sondern eine Erklärung desselben seyn, und den Sinn haben, eine nicht zu präsumirende culpa non lata sey nur dann vorhanden, wenn sich der Vormund nicht mit dem Schaden seines Mündels selbst, oder Andere durch Begünstigung bereichert hat, nam lucro captato sibi vel alii cum detrimento pupilli, heres tutoris tenetur, etiamsi nihil ad eum pervenerit. Wie wenig aber auch diese verbesserte Meinung des Cujaz haltbar sey, hat Hasse[94]) gezeigt, der sie einer genauern Prüfung unterworfen hat.

§. 1333. c.

Fortsetzung.

Wir wollen nun die Anticujazische Parthey hervortreten lassen, welche die Emendation und Erklärung des Cujaz schlechthin verwirft. Diese theilt sich wieder in zwey Klassen. Die eine erklärt unsere *L.* 1. *C.* von der culpa propria heredum, die andere von der culpa tutoris. Die vorzüglichsten Vertheidiger der ersten Meinung sind Johann Mercerius[95]), Everhard Otto[96]), Christian

94) Anhang I. S. 604—607.

95) Opinionum et Observat. Lib. II. cap. 24. pag. 173—178. (*Hanoviae* 1598. 8.) (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. II. pag. 1612. sq.).

96) Commentar. ad Institution. Libr. I. Cap. 24. §. 2. de Satisdatione tutor. vel curat. pag. 141. (*Traj. ad Rhen.* 1729.) In der Folge hat er jedoch seine Meinung mehr beschränkt. In praefat. ad Tom. IV. Thes. iuris Rom. pag. 2. erklärt er sich über den Sinn der L. 1. folgendermassen: Verum sicut propria negligentia ipsis (sc. *heredibus*) plane non imputatur *L.* 4. §. 1. *D. de fidejuss.*

Thomasius [97]), Fried. Es. Pufendorf [98]), Gottfr. Ludw. Kern [99]), und Christ. Wilh. Wehrn [100]). Alle gehen von dem Grundsatz aus, der Erbe des Vormundes hafte eben so, wie der Vormund selbst, also sowohl für culpa lata als levis desselben. Dieß erfordere Erstens die Rechtsanalogie. Denn das Wesen des Forderungsrechts werde in der Person des Erben nicht verändert [1]), weil der Erbe in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen eintritt. Dies bringe aber auch Zwey-

tutor. quia non perinde in tutelam, ac in aes alienum succedunt, *L.* 6. §. 6. *D. de his, qui notantur infamia*, ita ex facto tutoris conventi negligentiae, sive levis culpae nomine, non tenentur. *L.* 8. *D. eodem. L.* 4. *D. de magistratib. conven. L.* 17. *C. de negot. gest.* Nam quia gravissimum est, alienae administrationis rationem reddere, aequum Principibus videbatur, ignorantiae eorum subveniri, contra regulam, quod ex persona heredum obligationis conditio non immutatur. *L.* 2. §. 2. *D. de V. O.* iuncta *L.* 12. *L.* 49. *D. de Obl. et Act. L.* 152. §. *ult. D. de R. J. Lite vero contra tutorem inchoata, eius heredes, ob indolem quasi contractus, damnum levi culpa a defuncto datum, pariter resarcire tenentur, quam si IPSI damno pupilli lucrum captarunt, aut aliis per gratiam et dolum illud captare permiserunt. L.* 1. et 4. *C. de hered. tut.*

97) Diss. de culpa ab heredibus tutorum praestanda. *Halae* 1701.

98) Commentat. de culpa. P. V. Cap. III. §. 13. et 14.

99) Diss. cit. Cap. III. S. die Note 93.

100) Doctrina iuris explicatrix principior. et causar. damni praestandi. §. 40. pag. 278. sqq.

1) *L.* 2. §. 2. *D. de Verb. obligat.*

tens die Natur der actio tutelae mit sich, welche sowohl den Erben zustehe, als gegen die Erben Statt finde [2]). Diese Klage gehe aber nicht nur auf praestatio doli, sondern auch culpae [3]). Hieraus folge, daß der Erbe des Vormundes auch propter culpam defuncti belangt werden könne, man müßte denn auf die Ungereimtheit verfallen, daß die Klage gegen den Vormund eine andere sey, als die gegen den Erben desselben, wie würde dieß mit der Natur einer actio rei persecutionem habens zu vereinigen seyn [4])? Drittens sey auch gar kein rechtlicher Grund vorhanden, warum die Erben des Vormundes auf Kosten des Pupillen schonender behandelt werden sollen. Der Vormund habe doch durch seine culpa, wenn es auch nur eine geringe ist, dem Pupillen widerrechtlich geschadet; und dieses Unrecht sollte in der Person der Erben zum Recht werden, ja ihnen zum Gewinn gereichen, während die Pupillen den Schaden tragen sollen? Zwar spreche Ulpian *Libro LXXI. ad Edictum* [5]) nur vom Dolus, wenn er sagt, daß in Contracten der Erbe dafür in solidum hafte; allein deswegen habe er die Prästationsverbindlichkeit nicht blos darauf beschränken wollen, sondern

2) *L.* 12. *Cod. Arbitr. tutelae.*

3) *L.* 23. *D. de div. Reg. iuris.*

4) *L.* 69. *D. de fideiussorib. et mandator. L.* 4. *pr. D. de fideiussorib. et nominator. et heredib. tutor. L.* 2. *Cod. de hered. tutor. vel curator.*

5) *L.* 157. §. 2. *D. de Reg. iuris.* In contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id, quod pervenit, verum etiam in solidum tenentur, hoc est, unusquisque pro ea parte, qua heres est. Man vergleiche auch Paulus *L.* 49. *D. de Obligat. et Actionib.*

man müsse hier a maiori ad minus schließen. Ganz anders sey es, wenn die Erben der Vormünder aus ihren eigenen Handlungen belangt werden. Hier dürften sie nur für dolus und culpa lata, nicht aber für levis haften [6]). Von dieser culpa heredum spreche die *L. 1. Cod. de hered. tut.* und mache drey Ausnahmen, 1) wenn die Klage schon gegen den Vormund wegen einer culpa desselben erhoben worden [7]). 2) Wenn aus dem, obgleich durch eigene Nachlässigkeit des Erben, angerichteten Schaden des Pupillen Gewinn gezogen worden [8]). Z. B. der Erbe hat von den Sachen des Pupillen, welche zurückbehalten, in der Meinung, sie gehörten zur Erbschaft des Tutors; oder 3) wenn er aus guter Meinung einem Dritten, z. B. einem Mächtigen, um diesen für den Pupillen zu gewinnen, Etwas aus dem Vermögen desselben geschenkt hat [9]). Hasse [10]) hat jedoch den offenbaren Ungrund dieser Meinung schon gezeigt, und sie ausführlich widerlegt.

Die Anticujazianer der andern Klasse, welche die L. 1. C. von der culpa tutoris erklären, haben wieder ihre verschiedenen Ansichten. Sie stellen zwar alle den ganz richtigen Satz auf, den auch das Gesetz deutlich genug ausspricht, daß die Erben des Vormundes nicht für culpa levis, sondern nur für negligentia lata ihres Erblassers haften. Denn wenn es gleich an sich seine Richtigkeit habe,

6) *L. 4. D. de fideiuss. et nominat. et hered. tut. L. 1. D. eodem.*

7) *L. 139. D. de Reg. iur.*

8) *L. 1. D. de fidej. et hered. tutor. L. ult. Cod. de hered. tut.*

9) *L. 39. D. de negot. gest. L. 11. D. de R. iur.*

10) S. den Anhang I. S. 610—614.

daß Klagen aus Contracts-Verhältnissen in der Regel eben so gegen die Erben gingen, wie sie gegen den Erblasser selbst hätten angestellt werden können, wäre auch lis bey dessen Leben nicht contestirt worden; so sey man doch der Unwissenheit der Erben, vermöge welcher ihnen die Vertheidigung in manchen Fällen unmöglich werden kann, welche der Erblasser selbst, der das Ganze übersahe, und im Kopfe hatte, leicht würde haben führen, und sich rechtfertigen können, nach den kaiserlichen Verordnungen, wie Paulus [11]) ausdrücklich sage, zu Hülfe gekommen, und habe der Billigkeit wegen die Erben in so fern geschont, daß sie nur wegen grober Administrationsfehler des verstorbenen Vormundes sollten in Anspruch genommen werden können. Die Regel stehe also fest, Erben der Vormünder haften für eine bloße *culpa levis* ihres Erblassers nicht. Allein in Ansehung der folgenden Worte der L. 1. si non contra tutorem lis inchoata est, neque — aut gratia praestitum est, sind sie verschiedener Meinung. Einige, wie *Henr. a* Suerin [12]) und Reinhard Bachov [13]), verstehen sie so, daß das Gesetz drey Fälle von jener Regel ausnehme. Da sie jedoch die beyden letzten Ausnahmen von einem Dolus oder culpa lata des Tutors verstehen, wie ihnen die gebrauchten Ausdrücke des Gesetzes lucrum captatum, — gratia praestitum, anzudeuten scheinen; so biethet sich nun ihnen hier eine sehr schwierige Aufgabe zu lösen dar. Denn die Ausnahmen müssen doch der Regel entsprechen, wie stimmen nun aber

11) *L. ult. D. de fidejuss. et hered. tutor.*

12) Repetitar. Lection. iuris civ. Cap. I. (in *Thes. Jur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 6.)

13) Notae et Animadversion. ad *Treutlerum* Vol. II. P. I. Disp. IX. Th. V. Lit. D et E. pag. 489 sqq.

die beyden letzten Ausnahmen mit der Regel überein, welche die Erben des Vormundes von der culpae levis praestatio ihres Erblassers freyspricht? Man hat diese Schwierigkeit wohl gefühlt, sie jedoch auf folgende freylich seltsame Art zu beseitigen gesucht. Man sagt, die natürliche Eigenschaft der wegen eines begangenen dolus in Contracten anzustellenden Klage bringe es mit sich, daß sie gegen die Erben nicht blos darauf gehe, was auf sie vom Gewinn gekommen ist, sondern auf das solidum [14]. Dieß gelte nun auch von der actio tutelae, wenn sie gegen die Erben des Vormunds wegen eines Dolus desselben angestellet wird. Denn wenn gleich dieselbe wegen einer bloßen culpa levis ihres Erblassers gegen sie nicht hätte angestellt werden können, so könne doch, wenn ein dolus oder culpa lata des Vormundes die Veranlassung dazu gegeben habe, da sie ihrer Natur nach auf das Ganze gehe, mittelst derselben der volle Schadensersatz, und also nicht nur Ersatz des durch dolus, sondern auch des durch ein geringeres Verschulden des Vormunds verursachten Schadens von dem Erben desselben gefordert werden. Auf solche Art habe auch schon Salicetus [15] die beyden letztern Ausnahmen mit der Regel vereiniget. Allein schon Ulrich Huber [16] hat diese verkehrte Ansicht verworfen. Wo steht denn geschrieben, daß die Contractsklage, wenn sie aus einem dolus des Verstorbenen angestellt wird, eine so besondere Natur habe, daß sie auch darauf gerichtet

14) *L. 49. D. de obligat. et action. L. 157. in fin. D. de Reg. iuris.*

15) In L. 1. Cod. de heredib. tutor.

16) Praelection. iuris Rom. ad Pandect. Lib. XXVII. Tit. 7. §. 3.

werden können, was der Erbe nicht zu prästiren verbunden ist? Daß die Klage gegen die Erben in solidum gehe, heißt nicht soviel, der Erbe trete in omnem culpam defuncti ein, sondern dieß will nur soviel sagen, daß die Contractsklage, wenn sie auch ex dolo defuncti angestellt wird, kein lucrum bey dem Erben voraussetzt. Hat also der Vormund in dem einem Falle einen dolus oder culpa lata, in einem andern aber eine culpa levis zu Schulden gebracht, so geht zwar die actio tutelae gegen ihn selbst auf Beydes, der Erbe aber kann nur wegen des dolus oder culpa lata seines Erblassers belangt werden.

Herr Prof. Hasse, der auch diese abgeschmackte Meinung mit Recht verworfen hat [17]), glaubt, es sey gar nicht nöthig, die beyden letzten Ausnahmen der L. 1. C. gerade von einem dolus oder culpa lata des Vormundes zu verstehen, es lasse sich gar wohl denken, daß auch durch bloße Nachläßigkeit ohne böse Absicht auf Kosten des Pupillen vom Vormunde ein Gewinn gemacht, oder einem Dritten überlassen seyn könne. Der Tutor, sagt er, konnte Pupillengeld aus Versehen in seine Kasse gelegt, und für eigne oder fremde Zwecke verwandt haben, oder diese Verwendung konnte erst von dem Erben in voller Unschuld geschehen seyn; so konnte auch der Vormund für die Handlung des Pupillen aus Nachläßigkeit einen günstigen Augenblick nicht benutzt haben, es konnten dadurch später für seine eigne Handlung vortheilhafte Conjuncturen entstanden seyn, die er damals nicht beabsichtigte, die er nun aber für den Pupillen nicht benutzen kann, weil er über dessen Geld schon anderweit disponirt hat; er kann

17) Im Anhang I. S. 608 f.

diesen ihm so durch seine frühere Nachläßigkeit zum Nachtheil des Pupillen erwachsenen Vortheil selbst benutzt, oder einem Dritten zugewendt, und sich dadurch um ihn verdient gemacht haben [18]. Daß eine Bereicherung und Gunsterzeigung auch mit fremden Vermögen bona fide geschehen könne, wird an dem Beyspiele eines bonae fidei possessoris gezeigt. Ulpian sagt *L.* 25. §. 11. *D. hereditatis petit.*

Consuluit Senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcunque igitur sumtum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverint, vel perdiderint, dum re sua se abuti putant, non praestabunt; nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. Plane si ἀντιδωρα, (id est, remunerationes) acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt, velut genus quoddam hoc esset permutationis.

So gut wie sich hier der bonae fidei possessor aus einem völlig schuldlosen Irrthume durch die Erbschaft bereichern, und sich durch Geschenke einen Dritten verbindlich machen konnte, so könnte eine solche Bereicherung und Gunsterzeigung, auch vom tutor bona fide, aber aus einem durch Nachläßigkeit verschuldeten Irrthume geschehen seyn, und es sey hier für billig gehalten worden, daß den Erben so gut, wie ihm selbst, die Bereicherung auf Kosten des Pupillen nicht zu Gute käme, und ihnen auch selbst der Vortheil nicht bliebe, der dem b. f. possessor

18) Culpa des Röm. Rechts. §. 75. S. 367 ff.

nicht angerechnet wurde, nämlich daß sie sich einen Dritten durch Liberalität verpflichtet hätten.

Niemand wird gewiß den Scharfsinn leicht verkennen, mit welchem Herr Prof. Hasse unser schwieriges Gesetz erklärt, und das Widersprechende mit der Regel in Uebereinstimmung gebracht hat. Allein die von dem Gesetzgeber gebrauchten harten Ausdrücke: ex damno pupilli lucrum *captatum*, und *gratia* praestitum, welche sich, nach meiner geringen Einsicht, mit einem durch bloße Nachläßigkeit verschuldeten Irrthume nicht wohl zu vertragen scheinen, bleiben mir noch immer ein Stein des Anstoßes. Denn man erinnere sich, was oben von der Bedeutung des Worts captare gesagt worden ist, und erwäge, daß Ulpian in einer oben vorgekommenen Stelle [19], wo er den tutor nur culpam latam prästiren läßt, sordes und gratiam [20], so wie sordide und gratiose in eine Classe, der bona fides gegenüber, setzt. Sodann scheint mir auch das Gleichniß vom bonae fidei possessor nicht recht zu passen. Der b. f. possessor, so lang er nicht in Anspruch genommen worden, weiß nicht, daß er eine fremde Erbschaft besitzt, sondern hält sich für den wahren Erben. Von einer culpae praestatio kann also hier keine Rede seyn. Re enim sua se abuti putavit, sagt Ulpian. Daher braucht er auch nicht zu vergüten, was er von der Erbschaft verloren, verschwendet, oder verschenkt hat, ausser in sofern er dadurch wirklich bereichert

19) *L.* 7. §. 2. *D. h. t.*

20) Es ist also wohl nicht ganz gleichgültig, ob man in der *L.* 1. *C. de hered. tutor.* gratia oder gratis liest, wie Dabelow im Handbuch des Pandectenrechts 3. Theil §. 295. not. p. S. 534. meint.

worden ist. Der Vormund hingegen weiß, daß er ein fremdes Vermögen verwaltet, in Rücksicht dessen er den Fleiß eines guten Hausvaters anwenden muß. Sollte nun der Vormund aus einem durch culpa levis verschuldeten Irrthume sich zum Nachtheil des Pupillen einen Vortheil verschafft, oder einem Dritten zugewendet haben, der ihm dadurch verbindlich geworden ist; so ist zwar freylich der Erbe, soweit er selbst dadurch bereichert ist, zur Vergütung verbunden, wie auch der Kaiser Alexander *L. 4. C. de heredib. tutor.* rescribirt hat:

Heredes eorum, qui tutelam vel curam administraverunt, *si quid ad eos ex re pupilli vel adulti pervenerit*, restituere coguntur;

allein, abgesehen von diesem Falle, ist nicht zu begreiffen, warum gerade hier der Erbe härter, als in andern Fällen einer vom tutor verschuldeten culpa levis, behandelt werden solle. Es kann dieß also wohl nicht die Meinung des Gesetzgebers gewesen seyn, es muß ihm gewiß ein gröberes Verschulden des Vormundes vorgeschwebt haben.

Doch ich eile zur letzten Klasse der Rechtsgelehrten. Dieß sind diejenigen, welche es für gewiß annehmen, daß die Worte ex damno pupilli lucrum *captatum*, aut *gratia* praestitum sit, auf einen dolus oder wenigstens culpa lata des Vormunds gehen, und damit überhaupt zu verstehen gegeben werde, daß ob dolum et culpam latam tutoris gegen die Erben in solidum geklagt werden könne. Um aber dem Einwande zu begegnen, die Ausnahmen müßten doch die Regel treffen, sagen sie, die Worte: si non contra tutorem — gratia praestitum sit, enthielten keine Ausnahme, sondern eine Interpreta-

tion der Regel. Die Regel sey: die Erben des Vormunds haften nicht für culpa levis ihres Erblassers. Diese Regel werde im Gesetz so erklärt. Der Erbe hafte also nicht anders, als wenn lis contestirt sey. Denn durch die Litiscontestation gingen alle Klagen auf die Erben über, die sonst gegen ihn selbst nicht hätten angestellt werden können [21]. Wenn aber der Vormund aus dem Schaden des Mündels einen Gewinn gezogen, oder durch Geschenke mit den Sachen des Pupillen sich die Gunst eines Dritten zu erwerben gesucht; so sey dieß keine culpa levis, hier müßten daher die Erben in solidum haften, weil in diesem Falle der Vormund in dolo sey, oder sich wenigstens einer culpa lata schuldig gemacht habe, die dem dolus gleich zu achten sey. Die vorzüglichsten Vertheidiger dieser Meinung sind Anton Faber [22], Helfrich Hunnius [23], Joh. Jac. Wissenbach [24], Janus a Costa [25], und Fried. Gottl. Zoller [26].

21) *L. ult. D. de fideiuss. et heredib. tutor.*

22) Conjecturar. iuris civ. Lib. I. Cap. 12.

23) Variar. Resolut. iuris civ. Lib. I. Tract. IV. Quaest. 15. pag. 213.

24) In libros VII. prior. Cod. Justin. Comment. ad L. 1. de hered. tutor. pag. 489 sq.

25) Praelectio in Tit. Cod. Ex delictis defunctor. in quantum heredes conveniantur. (in *Thes. Meerman.* Tom. I. pag. 715. sq.) Früherhin erklärte *Janus a* Costa in Commentar. in Institut. ad §. 2. J. de Satisdat. tutor. vel curator. pag. 124. (edit. *van de* Water *Lugd. Batav.* 1719.) und ad §. 1. J. de perpet. et temporal. action. Verb. *Aliquando tamen* pag. 583, die L. 1. anders. Er sagt daselbst, durch die Constitution der Kaiser Severus und Antoninus sey der Zustand der Erben

Herr Professor Hasse[27]) hat zwar auch diese Meinung verworfen, fest überzeugt, daß das Gesetz nach seiner oben davon gegebenen Erklärung wirklich drey Ausnahmen von der Regel gemacht habe, nach welcher die Erben der Vormünder wegen einer culpa levis ihrer Erblasser nicht haften sollen. Ich kann mich jedoch noch immer nicht davon überzeugen, daß diese Rechtsgelehrten, mit denen ich auf gleiche Weise denke, sich auf unrechtem Wege befinden sollten. Sooft ich die Worte: si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli — gratia praestitum sit, mit Aufmerksamkeit lese, befestiget sich immermehr die Ueberzeugung in mir, daß diese Worte die in dem Gesetz aufgestellte Regel nur näher bestimmen sollen. Die Regel ist: **die Erben der Vormünder sollen wegen einer Nachläßigkeit, die nicht einer** *lata culpa* **gleicht, nicht verurtheilt werden.** Diese Regel wird nun auf folgende Art näher bestimmt und erläu-

eines Vormunds in soweit erleichtert worden, daß, sofern nicht lis mit dem Verstorbenen contestirt worden, sie wegen einer culpa levis ihres Erblassers gar nicht, auch nicht ex omni dolo et culpa lata tutoris in Anspruch genommen werden könnten, sondern nur dann dafür verantwortlich wären, wenn der Vormund ex damno pupilli sich einen Gewinn verschafft, oder auf Kosten des Pupillen sich Andere zu Freunden gemacht habe. Für eine andere culpa lata des Vormundes dürften die Erben nicht haften, wie z. B. in dem Falle der *L.* 7. §. 2. *D. h. t.* Allein diese Meinung hat a Costa nachher in seiner angeführten Praelectio berichtiget.

26) Diss. de culpa ab heredibus tutorum curatorumve — praestanda. *Lipsiae* 1779. §. XV.

27) Anhang I. S. 608.

tert, nämlich es muß nur nicht schon der Proceß gegen den Vormund anhängig gemacht worden seyn. Denn hier geht der Proceß eben so gegen die Erben fort, wie er gegen den Vormund angefangen war, so wie auch schon Paulus in einer oben vorgekommenen Stelle [28]), respondirt hatte. Hier kann also der Erbe des Vormundes auch wegen einer culpa levis seines Erblassers verurtheilt werden. Dieß könnte denn allerdings als eine wahre Ausnahme der im Gesetz aufgestellten Regel gelten, welche zugleich beweist, daß hier von keiner culpa heredum propria, sondern blos von der culpa tutoris ab heredibus praestanda die Rede sey. Nun sagt das Gesetz weiter, der Vormund müße sich auch nicht etwa zum Schaden des Pupillen aus dem Vermögen desselben einen Gewinn zu verschaffen, oder auf Kosten des Mündels einen Dritten zu begünstigen gesucht haben. Denn hier hat sich der Vormund eines dolus, oder wenigstens einer culpa lata schuldig gemacht. Dafür erklärt diese Widerrechtlichkeit auch das Gesetz, wie die gebrauchten Ausdrücke beweisen. Denn ein lucrum captare ex damno pupilli, läßt sich, wie ich nochmals sage, und schon oben [29]) bewiesen habe, ohne ein geflissentliches Bemühen sich zu bereichern, ohne ein begieriges Streben und Trachten nach fremdem Gute durchaus nicht gedenken. Eben so wenig auch ein lucrum praestare alteri, gratiae causa, cum damno pupilli.

28) *L. 8. §. 1. D. de fidejuss. et hered. tutor.*

29) Vergl. S. 276. Not. 80. Man schlage auch noch nach FABRI Thesaur. erudit. scholast. a *Gesnero* locupletat. voc. *Capto.* *Jo.* CALVINI Lexicon iurid. voc. *Captare*, und Schellers lateinisch-deutsch. Lexikon voc. *Capto.*

Eine solche Begünstigung erklären die Gesetze[30], auch in andern Fällen, wenn sie aus Gewinnsucht geschahe, für einen dolus, ausserdem wenigstens für eine culpa lata. Hier können also die Erben, und zwar in solidum belangt werden, wenn gleich noch nicht lis mit dem verstorbenen Vormunde war contestirt worden, auch nichts von dem Gewinn auf die Erben gekommen ist. Denn das Gesetz erfordert weder das Eine noch das Andere. Demnach wollen also die letzten Worte unsers Gesetzes nichts mehr und nichts weniger sagen, als dieses: hat sich der verstorbene Vormund eines dolus oder einer culpa lata schuldig gemacht, so haften die Erben unbedingt, lite etiam cum defuncto haud contestata. Diesen Sinn scheint mir sogar der ganze Zusammenhang der Rede zu erfordern. Vielleicht ist es noch Niemandem aufgefallen, warum der Gesetzgeber gerade sagt: ob negligentiam, quae *non latae culpae* comparari potest. Daß eine culpa non lata soviel, als eine culpa levis sey, wußte wohl der Gesetzgeber so gut, als wir. Warum sagte er denn aber nicht kurzweg ob culpam levem? Ich glaube, um den Satz desto mehr hervorzuheben, daß die Erben nur für dolus und culpa lata ihres Erblassers haften sollten. Diese Regel mußte nun freylich in dem Falle eine Ausnahme leiden, wenn der Proceß mit dem Vormunde schon seinen Anfang genommen hatte; es mußte aber auch der Satz, so wie er von den Gesetzgebern gefaßt worden, auf die ganz natürliche Schlußfolge führen, daß wo ein dolus oder culpa lata des Vormundes erweislich ist, wie z. B. wenn sich der Vormund zum Schaden des Pupillen selbst bereichert, oder Dritte begünstiget hat, die Erben

30) *L.* 8. §. 10. *D. Mandati* (XVII. 1.)

dann schlechthin und unbedingt haften müssen. Warum verfielen aber die Gesetzgeber gerade auf diese Fälle, wollten sie etwa die praestatio culpae latae blos darauf beschränken? gewiß nicht. Es waren vermuthlich gewöhnliche Fälle, wie leider noch heut zu Tage. Daher das Sprüchwort Vormünder, Verminder [31]. Die Klage gegen die Erben der Vormünder blos auf diese Fälle zu beschränken, wäre theils eine zu unbillige Schonung derselben auf Kosten der Pupillen, da die Erben ohnedem schon durch diese Verordnung genug begünstiget sind; theils würde dieses eine Aufhebung aller der oben angeführten Gesetze, vermöge welcher auch selbst der Vormund in den darin bestimmten Fällen nur blos für eine lata culpa verantwortlich seyn soll, voraussetzen, dergleichen doch weder zu vermuthen, noch in kaiserlichen Rescripten gewöhnlich ist [32]. Es läßt sich auch in der That gar kein Grund der Verschiedenheit denken, warum nicht auch in andern Fällen einer culpa lata des Vormundes die Klage gegen die Erben begründet seyn sollte. Wenigstens kann hier kein Unterschied zwischen Tutoren und Curatoren Statt finden. Denn auch die Erben eines Curators haften unbedingt für dolus und culpa lata ihres Erblassers, wie aus folgender Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian erhellet.

L. 17. *Cod. de negotiis gestis* (II. 19.) Curatoris etiam successores negotiorum gestorum utili conventos actione, *tam dolum, quam latam culpam praestare debere* — convenit.

31) S. *Nic.* Henelii otium Wratislav. Cap. I. wo er de lubrico tutelae handelt.

32) S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Rechts. §. 10. S. 66 f.

§. 1333. d.

Resultat. Warum haften die Erben des Vormundes nur für dolus und culpa lata ihres Erblassers?

Das Resultat von Allem läßt sich also in folgenden Grundsatz zusammenfassen. Die Erben der Vormünder, sie seyen Tutoren oder Curatoren, haften nur für den dolus und die culpa lata ihrer Erblasser, und zwar unbedingt; für ein geringeres Verschulden derselben aber nur dann, wenn der Proceß gegen den Erblasser bereits anhängig geworden war. Mehrere Ausnahmen anzunehmen, streitet gegen die gebrauchten Ausdrücke des Gesetzes, läuft auf eine erkünstelte Interpretation hinaus, und läßt den Zweifel übrig, warum gerade in diesen zwey Fällen die Erben wegen einer culpa levis ihres Erblassers sollten belangt werden können. So lehren auch Duarenus[33]), Hofacker[34]), Thibaut[35]), Dabelow[36]), Schöman[37]), Weber[38]), und Hänel[39]). Mit Recht sagt daher der scharfsinnige Mühlenbruch[40]), daß die Erben der Vormünder wegen eines geringen Versehens derselben nie belangt werden können, (nec unquam heredes propter leviorem defunctorum culpam *conveniri* possunt.)

33) Commentar. in Tit. 7. Libri XXVII. Pandect. (Opp. pag. 310.)

34) Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 680.

35) Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 517.

36) Handbuch des Pandect. Rechts. 3. Th. §. 295.

37) Lehre vom Schadensersatze. 1. Th. §. 166 f.

38) Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1375. S. 203.

39) Lehre vom Schadenersatze. §. 200. Not. c.

40) Doctrina Pand. Vol. II. §. 325.

Warum aber die Erben gelinder, als der Vormund selbst, behandelt werden, scheint wohl darin, daß die Vormundschaft ein munus publicum, und mit einem öffentlichen Zwange verbunden ist, wie Schöman [41]) meint, seinen Grund nicht zu haben. Denn sonst hätte dem Vormunde selbst gleiche gesetzliche Nachsicht zu Statten kommen müßen. Eben so wenig kann ich den Grund annehmen, den Höpfner [42]) anführt, weil es schwer sey, von eines andern Menschen Handlungen Rechenschaft zu geben [43]), und zu vermuthen sey, daß wenn die Erben im Stande sind, den Erblasser von dem Vorwurfe einer culpae latae zu befreyen, er sich selbst auch von der culpa levi würde haben reinigen können. Denn dieser Grund würde eines Theils auch auf die Erben eines Socius, eines Mandatars, eines *negotiorum gestoris* anwendbar seyn, welche doch dieselbe Culpa zu vertreten haben, die auch gegen ihren Erblasser selbst verfolgt werden konnte [44]); andern Theils aber ist auch die hier angenommene Präsumtion ohne allen Grund, und enthält eine ganz unrichtige Schlußfolge [45]). Daß die Erben ferner keinen Vortheil haben von der Verschuldung des Vormundes, auch ihnen solche nicht zugerechnet werden kann, wie Hunnius [46]),

41) A. a. O. Not. y) S. 167.

42) Theor. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 942.

43) Diesen Grund führt auch Schaumburg Comp. iuris Dig. h. t. §. 8. an.

44) L. 35. L. 36. *D. pro Socio. L. 20. pr. D. Com. divid.* S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 314. c.

45) S. Weber Doctr. iuris cit. §. 40. not. y) pag. 288.

46) Var. Resolut. iur. civ. Lib. I. Tr. IV. Qu. 15. pag. 215.

und Giphanius[47]) lehren, kann noch weniger als Grund gelten, weil man sonst die Erben ganz freysprechen müßte. Zoller[48]) meint, es lasse sich kein anderer Grund anführen, als Begünstigung der Erben. Doch, sagt er, wenn man die Wahrheit gestehen soll, sey der Grund nicht sowohl aus der Beschaffenheit der Verbindlichkeit, als ex potestate legis herzuleiten. Allein nun bleibt die Frage immer unentschieden, warum die Gesetze die Erben mehr, als den Vormund selbst, begünstiget haben. Der Grund scheint vielmehr darin zu liegen, weil der Erbe, der mit den Umständen der Vormundschaftsverwaltung nicht bekannt ist, wenn das Versehen des Vormundes nicht als eine offenbar grobe Verschuldung erscheint, in den wenigsten Fällen sich würde verantworten können, wo dem Vormunde selbst, wenn er noch lebte, die Vertheidigung leicht gewesen seyn würde, zumal da es hier zugleich auf eine negligentia in suis rebus non consueta mit ankommt, wenn von einer culpa levis des Vormundes die Frage ist. In wie vielen Fällen würde nicht der Erbe verurtheilt werden müssen, wo der Vormund selbst vielleicht wäre freygesprochen worden[49])?

§. 1334.

b. Besondere Pflichten der Vormünder in Ansehung der Güterverwaltung der Pflegbefohlnen.

Es ist nun Pflicht des Vormundes, nicht nur über die Erhaltung des Vermögens seines Mündels zu wachen, son-

47) Lecturae Altorphin. ad L. 49. D. de obligat. et actionib. n. 23. pag. 641.

48) Diss. cit. Cap. II. Sect. I. §. 15.

49) S. Hasse Culpa des Röm. Rechts. §. 75. S. 365 f. und

dern auch für dessen Vermehrung durch rechtmäßige Acquisitionen zu sorgen, und keine Gelegenheit unbenutzt zu lassen, wo dasselbe auf eine erlaubte Art hätte vermehrt werden können. Hat also der Vormund durch Nachläßigkeit seinen Mündel um eine Schenkung gebracht, die demselben zugedacht war, so ist er dafür verantwortlich, wie aus folgender Verordnung des Kaisers Constantin des Großen erhellet.

L. 21. *Cod. h. t.* Imp. CONSTANTINUS A. *Maximo.* P. P.[50]) Pupillorum[51]) seu minorum de-

Weber's Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1375. S. 202 f.

50) In *Cod. Theodos.* Lib. III. Tit. 19. Const. 2. nach GOTHOFREDUS in Comment. Tom. I. pag. 367. edit. *Ritteri* ist die Ueberschrift *ad* MAXIMUM *Pf. U.* gerichtet, nach HUGO in iure civ. Antejust. Tom. I., pag. 354. *ad* MAXIMUM *Pf. P.* So haben auch alle Ausgaben vom Cod. Justin. die ich besitze, Haloander, Chevallonius, Baudoza, Russard, Hugo a Porta, Merlinus, Charondas und Pacius. Dieser Inscription giebt auch Spangenberg in der Göttinger Ausgabe den Vorzug, weil unter den Consuln, welche in der Subscription genennt werden, nämlich dem *Sabinus* und *Rufinus*, kein MAXIMUS Praefectus urbis gewesen sey. Es war vielmehr JULIUS CASSIUS, welcher im J. Chr. 316. die praefectura urbis verwaltete, wie *Ed.* CORSINUS in Serie praefector. urbis (*Pisis* 1763. 4.) pag. 172. aus *L.* 3. *C. Theod. de donat.* (VIII. 12.) erwiesen hat. VALERIUS MAXIMUS BASILIUS bekleidete die praefectura urbana unter Constantin dem Großen in den Jahren 319 — 323. S. CORSINUS pag. 174. Gleichwohl hält WENCK in Codicis Theod. libr. V. prior. ad h. L. not. l. pag. 188. die Lesart Pf. U. für richtiger, wegen

fensores si per eos donationum conditio neglecta est, rei amissae periculum praestent.

Diese Constitution ist eigentlich ein Theil der merkwürdigen Verordnung des Kaisers Constantin des Großen, nämlich der *L.* 1. *C. Th. de donationib.* und *L.* 25. *C. Just. eodem*, welche an denselben *Maximus* P. U. gerichtet ist, worin er eine bestimmte Form für alle Schenkungen anordnete [52]). Ich will sie nur so weit

L. 1. *C. Th. de donat.* Vielleicht liegt der Fehler in der Subscription. Denn mit dem *Rufinus* war im J. Chr. 323. *Acilius Severus* Consul. S. *Pet.* Relandi Fasti Consular. p. 315. und in diesem Jahre, und unter diesen Consuln war Maximus P. U. Dieß glaubt auch *Jac.* Gothofredus in Comm. ad Cod. Theod. ad L. 1. de donation. not. pp. Tom. II. pag. 641. In Hugo iure civ. antejust. Tom. I. pag. 612. heißt es auch in der Subscription der *L.* 1. *Cod. Theod. de donat.* statt Sabino, *Romae* Severo *et* Rufino *Coss.* 323. Eben so lautet auch die Subscription der aus der *L.* 1. *C. Th.* genommenen *L.* 25. *Cod. Just. de donat.* (VIII. 54.) in den Ausgaben des Codex von *Lud.* Charondas und *Julius* Pacius. Allein man sehe, was Wenck c. l. not. m. pag. 189. sehr gründlich dagegen erinnert hat.

51) Pupillorum steht nicht im Theod. Codex, sondern ist ein unnöthiger Zusatz von Tribonian. Denn der Ausdruck *minores* begreifft sowohl pupillos als adultos unter sich, wie auch *Jac.* Gothofredus ad L. 2. C. Th. h. t. not. c. bemerkt hat.

52) S. Marezoll über die zur donatio inter vivos nöthige Form. §. 2. (in von Grolman's und von Löhr Magazin IV. B. 2. St. S. 176 ff.)

anführen, als sie mit unserer *L.* 21. im Zusammenhange steht. Sie lautet nach Hugo[53]) folgendermassen:

Donatio, sive directa sit, sive mortis causa instituta, sive conditionibus[54]) faciendi ac non faciendi suspensa, sive ex aliquo notato tempore promissa[55]), sive animo dantium accipientiumve sententiis, quantum ius sinit, cognominata, sub hac fieri debet observatione, ut, quas leges indulgent, actiones, conditiones, pactionesque contineat, hisque penitus cognitis, vel recipiantur, si complacitae sunt, vel reiiciantur, si sunt molestae: *ita ut minorum defensores, si per eos donationum conditio neglecta est, rei amissae periculum praestent.*

Noch viel vollständiger, als im Theodos. Coder, erscheint diese Constitution in den sogenannten *Fragmentis Vaticanis* ab ANGELO MAIO *editis*[56]). Daß sie auch an den Maximus gerichtet gewesen, ergiebt sich aus der Anrede: MAXIME carissime ac iucundissime, und datirt ist sie, welches merkwürdig ist, nicht *Sabino*, sondern *Severo* et *Rufino* Conss. (323.). Die hierher gehörige Stelle lautet jedoch etwas verändert so: quorum tamen (sc. *minorum*) defensores, si forte per eos *in*

53) Jur. civ. Antejust. Tom. I. pag. 612.

54) Der Justin. Coder hat conditione.

55) J. Gothofredus liest permissa, offenbar unrichtig.

56) Juris civilis Antejustinianei reliquiae ineditae ex Codice rescripto bibliothecae pontificiae Vaticanae, curante ANGELO MAIO. *Romae* 1823. 4. pag. 60 sq.

obeundis donationum officiis, quare cum res erit recepta, neglecta utilitas minoris commodis spoliabitur, rei amissae periculum praestabunt. Die Lesart, so wie sie dem Auge sich hier darstellt, erwartet aber freylich noch von der Kritik ihre Berichtigung. Nach diesem Gesetz sollen also Vormünder ihren Pflegbefohlnen den Schaden ersetzen, si per eos donationum conditio neglecta est. Wie ist dieß aber zu verstehen? Jac. Gothofredus[57]) zeigt, daß es auf viererley Art verstanden werden könne. Erstens, wenn die der Schenkung beygefügte Bedingung durch die Schuld des Vormundes nicht erfüllt worden ist. So haben auch die Griechen[58]) unser Gesetz verstanden. Zweytens, wenn der Vormund bey einer dem Mündel gemachten Schenkung die gesetzliche Form, und was zur Rechtsgültigkeit derselben erforderlich war, zu beobachten unterlassen hat. So versteht der gothische Ausleger[59]) des Theod. Codex das Gesetz. Drittens wenn der Vormund die Annahme einer vortheilhaften Schenkung

57) Commentar. ad L. 2. Cod. Theodos. h. t. Tom. I. pag. 367. edit. *Ritter*.

58) *Basilic.* Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 9. Const. 35. pag. 133. Ἐὰν *ἐπὶ ὅρῳ γένηται δωρεὰ πρὸς ἐλάττονα, καὶ ὁ ἐπίτροπος ἢ ὁ κουράτωρ ῥαθυμήσωσι πληρῶσαι τὴν τῆς δωρεᾶς αἵρεσιν. Si sub lege donatio in minorem collata est, et tutoris vel curatoris culpa non sit impleta conditio donationis.* Eben so der griechische Scholiast Sch. e. pag. 155.

59) Ad L. 2. C. Th. cit. *Si in his, quae minoribus donari possunt, per Tutoris negligentiam sive conladium, donationis solemnitas impleta non fuerit, id quod minori deperierit, de proprio cogitur exsolvere.*

(donationis complacitae) verweigert, oder Viertens eine dem Pupillen nachtheilige Schenkung angenommen hat. Beyde letztere Fälle sind in der *L.* 1. *C. Th.* oder *L.* 25. *Cod. Just. de donation.* enthalten, jedoch sind die auf die Vormünder sich beziehenden Worte in dem Just. Codex von der *L.* 25. getrennt, und in die *L.* 21. *h. t.* gebracht worden. Die beyden ersten Erklärungen nimmt Gothofredus[60]), die letzten aber Jac. Cujaz[61]), an.

§. 1334. a.

Amtspflichten der Vormünder 1) in Rücksicht der Erhaltung des Vermögens ihrer Pflegbefohlnen.

Die besondern Pflichten der Vormünder, welche I. die Erhaltung des Vermögens ihrer Pflegbefohlnen betreffen, bestehen in folgenden.

1) Hat der Pupill schon einen Vormund gehabt, so muß der neue Vormund vor allen Dingen von seinem Vorgänger, oder dessen Erben Rechnungsablegung und Herausgabe des übrigen Vermögens bey eigner Verantwortlichkeit fordern.

L. 2. *in fin. Cod. de tutore, qui satis non dedit.* (V. 42.) Impp. VALERIANUS et GALLIENUS AA. et VALERIANUS Caes. Euploio. — Tutores autem dati ab heredibus eorum, quos decessisse dicis, rationem tutelae deposcent.

60) Auch Herr von Löhr in der Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der Röm. Kaiser von Constantin I. bis auf Valentin III. S. 12.

61) Observation. Lib. XX. cap. 4.

L. 39. §. 16. D. h. t. Papinianus *libro V. Responsorum*. Tutor, qui tutoris idoneum heredem convenire pupilli nomine noluit, damni vicarius substituitur, ut is, qui non idoneum tutelae tempore suspectum facere supersedit.

2) Der Vormund muß ferner alle dem Verderben ausgesetzte Sachen, sobald als möglich, veräussern. Zögert er, und die Sachen verderben; so geschieht es auf seine Gefahr. Debuit enim *confestim* officio suo fungi, sagt Ulpian *libro XXXV. ad Edictum* [62]), non quidem praecipiti festinatione, sed nec moratoria cunctatione. Selbst des Vaters Verbot darf ihn hieran nicht hindern. Usque adeo autem licet tutoribus patris praeceptum neglegere, sagt derselbe Ulpian [63]), ut si pater caverit, ne quid rei suae distraheretur, vel ne mancipia distrahantur, vel ne vestis, vel ne domus, vel *ne aliae res periculo subjectae, liceat eis contemnere hanc patris voluntatem*.

3) Ihm liegt ob, für die nöthigen Reparaturen zu sorgen [64]).

4) Die Sachen des Mündels vor Beschädigungen durch Diebe und Entwendungen zu bewahren. Denn der Vormund muß custodiam prästiren, so wie jeder, der

62) *L. 7. §. 1. D. h. t. L. 22. in fin. C. eodem.* S. *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentatt. in Pand. h. t. §. 19.

63) *L. 5. §. 9. D. h. t.*

64) *L. 22. med. Cod. h. t.* Constantinus. Sed et si parens, vel ille, cuicunque heres est minor, reliquerit deformatum aedificium, tutor testificatione operis ipsius et multorum fide, id reficere cogatur.

zur Erhaltung und Restitution einer Sache verpflichtet ist [65]). Jedoch geht diese beym Vormund nicht weiter, als gerade der Fleiß im Bewahren, welchen der Vormund bey seinen eignen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Denn so wie diligentia zu leisten, muß auch custodia prästirt werden [66]). Gerathen jedoch die Sachen des Mündels in Gefahr, in welcher es dem Vormunde unmöglich ist, seine eigene und seines Pflegbefohlnen Sachen zu retten; so ist er verbunden, mit Aufopferung seiner eigenen, die Sachen des Mündels der Gefahr zu entziehen [67]). Dieß bringt nicht nur die Pflicht mit sich, die dem Vormunde obliegt, für die Erhaltung der Sachen seines Mündels zu sorgen, und sie vor Untergang und Deterioration in Acht zu nehmen; sondern auch die Gesetze sehen es als eine Verletzung dieser Pflicht an, wenn man im Falle einer vorhandenen Gefahr seine eigenen Sachen den anvertrauten fremden Sachen vorzieht [68]).

65) S. *Jo. Casp.* Gensler Exercitation. Iur. civ. ad doctrinam de culpa. Fasc. I. Exercit. IV. §. 1.

66) S. Hasse Culpa des Röm. Rechts. §. 761. S. 374 und 376.

67) S. Montanus. Cap. XXXII. Reg. IX. nr. 6—8. p. 345.

68) *L. 5. §. 4. D. Commodati. L. 32. D. depositi. Cap. 2. X. eodem.* Wenn diese Gesetze gleich blos von Commodatum und Depositum handeln, und von der Tutel kein specielles Gesetz vorhanden ist; so sind doch diese Gesetze auf jene Contracte, von denen sie sprechen, keineswegs zu beschränken, sondern sie können auch hier zum Beweise dienen, weil bey ihnen eine allgemeine Regel zum Grunde liegt. Man sehe hier besonders Gesterding von der Pflicht, bey entstandener Gefahr fremde Sachen vor den eigenen zu retten; (in Desselben

Der Vormund muß ferner

5) für das Eingehen aller Einnahmen auf seine Gefahr sorgen, nämlich für Erhebung der Einkünfte aus Landgütern [69]), und der Zinsen von ausstehenden Geldern [70]). Er muß

6) die ausstehenden Kapitalien des Mündels von den Schuldnern zur rechten Zeit, erforderlichen Falls durch richterliche Hülfe, einzuziehen und beyzutreiben bemüht seyn [71]). Gehen Kapitalien durch seine Säumseligkeit verloren, so ist er den Schaden zu ersetzen verbunden [72]).

alten und neuen Irrthümern der Rechtsgelehrten. Greifswald 1818. Nr. XII. S. 433—436.) und Hasse §. 64. S. 287 ff. Vergl. auch den 13. Th. dieses Commentars. §. 855. S. 440 f.

69) *L.* 32. §. 2. *D. h. t.* Modestinus *libro VI. Responsorum.* Modestinus respondit, tutorem eorum redituum nomine rationem pupillo reddere debere, qui ex fundo *bona fide* percipi potuerunt. Der Ausdruck *bona fide* wird hier für honeste genommen, und dem turpiter et nefarie entgegengesetzt, z. B. *L.* 33. *pr. D. de Rei vind.* Es gehört hierher, was Papinian *L.* 5. *D. de Usuris et fruct.* sagt: Generaliter observari convenit, bonae fidei iudicium, (dieß ist ja die actio tutelae) non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideretur. S. *Jac.* Cujacii Commentar. in libr. VI. Responsor. Herennii Modestini ad h. L. (*Opp. postumor. a* Fabroto *editor.* Tom. III. pag. 166.)

70) *L.* 24. *in fin. Cod. h. t.* Impp. Arcad. et Honor. Usurarum exactio ad periculum tutorum pertinet.

71) *L.* 1. §. 4. *L.* 46. §. 7. *D. h. t. L.* 18. *C. eodem.*

72) *L.* 15. *D. h. t.* Paulus *libro II. Sententiarum.* Si tutor constitutus, quos invenerit debitores, non conve-

Es muß aber nur freylich in der unterlassenen Beytreibung der Grund des Verlusts wirklich vorhanden seyn. Dieß setzt voraus, daß es dem Vormunde rechtlich möglich gewesen, die Forderung beytreiben zu können, und daß der Vormund auch Gründe gehabt habe, den Schuldner für unsicher zu halten [73]). Bey Geldern, die nicht von dem Vormunde selbst, sondern von seinem Vorgänger im Amte, oder von dem Vater des Mündels ausgeliehen worden sind, steht jedoch der Vormund nicht für deren culpa in contrahendis nominibus [74]), wenn er nicht dieselben

nerit, ac per hoc minus idonei efficiantur, — ipse in debitam pecuniam, — convenitur. *L.* 39. §. 14. *L.* 57. *D. eodem. L.* 2. *C. Arbitrium tutelae.* S. *Casp. Achat.* Beck Diss. de periculo nominis pupillaris. *Jenae* 1729. §. 24.

73) S. Gesterding von der Verantwortlichkeit des Vormundes in Ansehung ausstehender zum Vermögen des Mündels gehörender Forderungen (im Archiv für die civilist. Praxis. 2. B. Nr. XX. S. 237 f.)

74) *L.* 33. *D. h. t.* Papinianus *libro II. Quaestionum.* Tutor sive curator nomina, quae iuste putat non esse idonea, a priore tutore vel curatore suscipere quidem cogitur, non tamen exactionem periculo suo facere. D. h. der Vormund muß zwar auch die von seines Vorgängers Amtsverwaltung herrührenden Activposten seines Mündels, welche er mit Grund für ungewiß und unsicher hält, annehmen, d. i. er muß sie von Amtswegen übernehmen, um sie einzutreiben, aber er thut es nicht auf seine Gefahr, sondern auf Gefahr seines Vorgängers, der sie contrahirt hat. S. *Jac.* Cujacii Comment. in libr. II. Quaestion. Papiniani, ad h. L. (*Opp. postum.* T. I. pag. 52.)

genehmigte[75]), denn diese Anerkennung befreyet den Vorgänger von aller Verantwortung[76]), sonst ist er in Rücksicht derselben nur für culpa lata in non exigendo verantwortlich[77]).

§. 1334. b.

2) Pflichten der Vormünder rücksichtlich der Vermehrung des Vermögens ihrer Mündel.

Vorzüglich wichtig sind ferner II. die Pflichten der

75) *L.* 44. *D. h. t.* Paulus *libro XIII. Quaestionum.* Qui nominibus a curatoribus prioribus susceptis sive tutoribus, nomina adgnoverunt, periculum in se transferunt. Sed si pupillus post pubertatem rationibus a tutore acceptis, reliquationem eius secutus, usuras acceptaverit, privilegium suum non amittit in bonis tutoris venditis. Praetor enim privilegium ei servare debet. Das Wort *Reliquatio* erklärt Cujacius in Comment. in Libr. XIII. Quaestion. *Pauli* ad h. L. (*Opp. postum.* Tom. II. pag. 1169.) durch λοιπογραφία, sive scriptura, qua ex administratione tutelae verbi gratia centum apud se residere testabatur, et ea debiturum se sub usuris certis. S. auch Brissonius h. v. Hat nun gleich der Pupill ein solches Schuldbekenntniß von seinem gewesenen Vormund nach erreichter Pubertät angenommen, und davon Zinsen eingehoben, so verliert er dennoch dadurch das privilegium exactionis nicht, daß ihm der Rückstand aus den Gütern seines gewesenen Vormundes vorzüglich bezahlt werden muß. S. *L.* 71. *D. de iure dot.* und *L.* 22. *D. de tut. et rat. distrah.* welche beyde aus demselben Buche des Paulus genommen sind.

76) *L.* 19. *D. de tut. et rat. distrah.* Ulpianus *libro I. Responsorum.* Si probatum est nomen debitoris a novissimo curatore, frustra tutorem de eo conveniri.

77) *L.* 2. *C. Arbitrium tutelae.*

Vormünder in Ansehung der Vermehrung des Vermögens ihrer Pflegbefohlnen. In dieser Hinsicht wollen die Gesetze, daß der Vormund die vorräthigen Gelder seines Mündels zum Ankaufe nützlicher Grundstücke verwende[78]. Thut es der Vormund nicht, da es ihm nicht an Gelegenheit dazu fehlte, so muß er die Zinsen davon entrichten[79]. Das zu Ausgaben nicht nothwendige Geld muß, bis sich eine vortheilhafte Gelegenheit zum Ankaufe findet, vorläufig deponirt werden, je nachdem eine nach richterlichem Ermessen dazu erforderliche Summe zusammengebracht ist. Ist die Deposition geschehen, so sollen keine Zinsen dafür laufen. Im entgegengesetzten Falle aber muß der Vormund die Gelder verzinsen, und war ihm die Deposition vom Richter anbefohlen worden, er hat aber diesem Befehl keine Folge geleistet, so soll er die höchsten Zinsen bezahlen, welche in diesem Falle die Gesetze erlauben, die dann auch schon von der Obrigkeit zur Strafe auf diesen Fall angedrohet zu werden pflegten[80]. Personen geringern Standes sollen sogar mit

78) *L.* 5. *pr. D. h. t. L.* 24. *Cod. eodem.*

79) *L.* 7. §. 3. *D. h. t.* Ulpianus *libro XXXV. ad Edictum.* Si post depositionem pecuniae comparare praedia tutores neglexerunt, *incipient in usuras conveniri.* Quamquam enim a Praetore cogi eos oportet ad comparandum, tamen si cessent, *etiam usuris plectendi sunt tarditatis gratia*: nisi si per eos factum non est, quo minus compararent.

80) *L.* 5. *pr. D. h. t.* Ulpian. Ita autem depositioni pecuniarum locus est, si ea summa corradi, [id est, colligi] possit, ut comparari ager possit. Si enim tam exiguam esse tutelam facile probatur, ut ex nummo refecto praedium puero comparari non possit, depo-

Gefängniß bestraft, Andere für suspect gehalten werden [81]. Findet sich zum Ankaufe von Grundstücken keine vortheilhafte Gelegenheit; so verpflichten die Gesetze den Vormund, die Pupillengelder verzinslich auszuleihen [82], sonst

sitio cessat. Die eingeschlossenen Worte: id est, colligi, hält wohl MARANUS in Paratitl. ad h. t. mit Recht für ein ineptum glossema. Sie sind auch mit Recht von Haloander, Miräus, und Beck weggelassen worden. — *L.* 7. §. 7. *D. h. t.* Si deponi oportet pecunias ad praediorum comparationem, si quidem factum est, usurae non current: sin vero factum non est, si quidem nec praeceptum est, ut deponantur, pupillares praestabuntur: si praeceptum est, et neglectum, de modo usurarum videndum est. Et solent Praetores comminari, ut si non fiat depositio, vel aliquanto tardius fiat, *legitimae* usurae praestentur. Si igitur comminatio intercessit, iudex, qui quandoque cognoscet, decretum Praetoris sequetur. Was *usurae pupillares* sind, erklärt §. 10. *h. L. Legitimae* sind centesimae. S. *Claud.* SALMASIUS de modo usurarum. (*Lugd. Bat.* 1639. 8.) Cap. VII. pag. 271. sqq. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. Confecto porro inventario. (*Opp.* Tom. II. pag. 559.) *Idem* de foenore et usuris. Lib. II. cap. 5. (*Opp.* Tom. I. pag. 215.) und POTHIER Pandect. Justin. Tom. II. Lib. XXVII. Tit. 3. Nr. XLV. Not. b. et c.

81) *L.* 3. §. 16. *D. de suspect. tutor. et curat.*

82) DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. XV. Cap. 19. §. 16. et 17. (Vol. IX. edit. *Bucher.* pag. 179. sq.) *Jo. Ad. Th.* KIND Quaestion. for. Tom. II. Cap. 56. und Marezoll's Bemerkungen über die Verbindlichkeit der Vormünder, die Mündel-Capitalien verzinslich auszuleihen; (in dem Archiv für die civilist. Praxis herausgegeben von Löhr, Mittermaier und Thibaut 9. B. Nr. II. S. 36—52.)

muß er zur Strafe dem Mündel die Zinsen ersetzen [83]. Doch haftet der Vormund für das unbenutzte Liegenlassen vorräthiger Gelder erst nach Ablauf einer bestimmten Frist, nämlich in Rücksicht der beym Antritt der Vormundschaft schon vorgefundenen Pupillengelder nach sechs, in Rücksicht der erst während derselben eingegangenen aber nach zwey Monaten [84]. Dieß setzt jedoch voraus, daß der Vormund während dieser Zeit Gelegenheit, die Gelder sicher unterzubringen, gehabt, und solche versäumt habe [85]. Daß aber dergleichen vorhanden gewesen, und vom Vormunde ausser Acht gelassen sey, läßt sich im Zweifel nicht vermuthen. Es muß daher gegen den Vormund erwiesen werden. Ist jedoch soviel dargethan, daß der Vormund sein eignes Geld nutzbar angelegt habe, so wird vermuthet, daß er vortheilhafte Gelegenheiten für den Pupillen

83) *L.* 58. §. 3. *D. h. t.*

84) *L.* 7. §. 11. *D. h. t.* Usurae a tutoribus non statim exiguntur, sed interjecto tempore ad exigendum et ad collocandum *duum mensium*, idque in iudicio tutelae servari solet. Es wird diese Zeitfrist gleich nachher ein *laxamentum temporis* genennt. — *L.* 15. *D. eod.* Paulus. Si tutor constitutus — *intra sex primos menses* pupillares pecunias non collocaverit, ipse — in usuras eius pecuniae, quam non foeneravit, convenitur.

85) *L.* 12. §. *ult. D. h. t.* Paulus *libro XXXVIII. ad Edictum.* Si tutor pecuniam pupillarem credere non potuit, quod non erat, cui crederet, pupillo vacabit. — *L.* 3. *Cod. de usuris pupillarib.* (V. 56.) Imp. Alexander A. Vitalio. Si pecuniam pupillarem neque idoneis hominibus credere, neque in emtionem possessionum convertere potuisti: non ignorabit iudex, usuras eius a te exigi non oportere. Statt homini-

nicht benutzt habe [86]). Gajus sagt *Libro XII. ad Edictum provinciale* [87]): Non est audiendus tutor, cum dicat, ideo cessasse pupillarem pecuniam, quod idonea nomina non inveniret, *si arguatur, eo tempore suam pecuniam bene collocasse.*

Hat nun der Vormund den Gesetzen weder durch verzinsliches Ausleihen vorräthiger Gelder seines Mündels, noch durch vortheilhaften Ankauf von Grundstücken, wozu es ihm nicht an Gelegenheit fehlte, und also auf keine Weise ein

bus wollen einige *nominibus* lesen, und dieser Lesart giebt Contius den Vorzug, aber ohne hinlänglichen Grund, wie schon *Jac.* Cujacius Observat. Lib. VIII. Cap. 30. gründlich gezeigt hat. Die gemeine Lesart bestärken die *Basilica* Tom. V. Libr. XXXVIII. Tit. 17. Const. 3. pag. 189. Hier heißt es: Ἐὰν ὁ ἐπίτροπος μήτε δανεῖσαι δυνηθῇ εὐπόροις προσώποις etc. *Si tutor neque idoneis hominibus pecuniam credere potuerit.* S. Heinr. Ed. Dirksen civilistische Abhandlungen. 2. B. 3. Abh. S. 456.

86) S. Montanus Cap. XXXII. Reg. IX. n. 188. *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad L. 12. §. 4. D. h. t. pag. 425. Adolph. Diet. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. V. S. 140. Not. 21. Thibaut System des Pand. Rechts. I. B. §. 518. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. §. 407. S. 96. der 3. Aufl. Jedoch wollen Andere vielmehr dem Vormund den Beweis auflegen, daß es durchaus an sicherer Gelegenheit zum Ausleihen der Mündelgelder gefehlt habe. S. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 752. und Marezoll angef. Bemerkungen im Archiv für die civilist. Praxis. B. IX. S. 45.

87) *L.* 13. §. 1. *D. h. t.*

Genüge geleistet; so muß er dem Mündel allen dadurch verursachten Schaden ersetzen, oder er wird, wenn er zu diesem Ersatz unvermögend ist, extra ordinem bestraft, wie aus folgender Stelle des Paulus erhellet. Dieser sagt nämlich *libro II. Sententiarum* [88]):

Ob foenus pupillaris pecuniae per contumaciam non exercitum, aut fundorum omissam comparationem, tutor, si non ad damnum resarciendum idoneus est, extra ordinem coercebitur.

Justinian hat jedoch durch die *Novella LXXII. Cap.* 6 — 8. aus welcher die Authent. *Novissime* Cod. h. t. gezogen ist, die in den früheren Gesetzen den Vormündern aufgelegte strenge Verbindlichkeit, die Gelder ihrer Mündel verzinslich auszuleihen, bedeutend modificirt. Der Kaiser klagt darin Kap. 6. daß redliche und gewissenhafte Männer sich so ungern Vormundschaften unterziehen, während es an unredlichen nicht fehle, die, um sich mit dem Vermögen ihrer Pflegbefohlnen zu bereichern, Vormundschaften willig und mit Freuden übernehmen. Er findet einen Hauptgrund in der bisherigen Zwangsverpflichtung der Tutoren, die Pupillengelder verzinslich anzulegen. Ein anderer Grund lag ihm in der Gefährlichkeit des Ausleihens, weil der Vormund für die Gefahr des Kapitals und der Zinsen stehen mußte [89]). Wie unsicher aber und mißlich es, bey der damals eingerissenen verschwenderischen Lebensart, mit ausstehenden Capitalien aussah, darüber wird schon in früheren Verordnungen der Kaiser [90])

88) *L.* 49. *D. h. t.*

89) *L.* 37. §. 1. *D. de negot. gest.* *L.* 24. *in fin. C. h. t.* S. oben S. 261.

90) *L.* 22. *in fin. Cod. h. t.* Verb. Huc accedit.

Klage geführt; daher denn auch Justinian selbst weder auf Pfandverschreibung, noch auf sonstige Sicherungsmaßregeln immer sicher bauen zu dürfen glaubte. Dieß sind die Gründe, welche den Kaiser Justinian bewogen zu verordnen, daß Vormünder, ausser in Fällen der Noth, nicht mehr, wie vormals, zur verzinslichen Ausleihung der Gelder ihrer Pflegbefohlnen gesetzlich verpflichtet seyn, sondern nur dafür Sorge tragen sollen, daß solche sicher verwahrt, und den Pupillen erhalten werden. Er macht dabey die sehr vernünftige Bemerkung, daß es besser sey, das Capital dem Mündel in Sicherheit zu erhalten, als es in der trüglichen Hoffnung, dasselbe durch verzinsliches Ausleihen zu vermehren und zu vergrößern, am Ende gar sammt den Zinsen zu verlieren. Sollte aber ein Vormund, dieser ihm wohlwollenden Verordnung ungeachtet, dennoch freywillig, ohne daß ein Nothfall vorhanden war, Mündelgelder ausleihen, so soll es ihm zwar erlaubt seyn, er soll aber die Gefahr des Capitals schlechterdings auf sich nehmen, jedoch zur Eintreibung der Zinsen zwey Monate in jedem Jahre Zeit haben, um inzwischen die nöthigen Vorkehrungen treffen zu können, so daß er also für die versäumten, oder nicht eingegangenen Zinsen erst nach Ablauf von zwey Monaten in jedem Jahre zu haften, mithin bey Ablegung der Rechnung jährlich nur für zehen Monate Zinsen aus seinem Vermögen zu zahlen schuldig seyn solle. Daß dieses der wahre Sinn der Novelle *LXXII*. Kap. 6. sey, werden folgende Worte derselben nach der Hombergkischen Version zur Genüge beweisen.

Quoniam autem videmus, curatores, qui Deum timent, ad tutelas gravate accedere, (multis enim, qui eorum res, quorum curam gerunt, impie ad se

trahere volunt, res amabilis est, et accessu facilis) videmus etiam, tutelam esse rem maxime difficilem, propter foenerationum necessitatem: sancimus, *ne curatoribus ulla necessitas a lege incumbat, ut pecunias minorum foenori dent, sed in tuto reponant, illisque servent*: cum melius sit; ut sors illis in tuto sit, quam ut cupiditate usurarum etiam sorte excidant, et tutor in periculo sit, si non foeneret, ac rursus, si foenori det, periclitetur, si infortunium in debitis forte contingat. *Si tamen sua sponte foenerari voluerit, forte pignoribus datis, vel aliis cautionibus, quas ipse pro indubitatis habet, tum quolibet anno duorum mensium inducias quidem habeat*, (id quod leges *laxamentum* vocant) *sciat vero periculum crediti ad ipsum omnino venturum esse*.

Es ist eine offenbar unrichtige Ansicht mehrerer Rechtsgelehrten [91]), wenn sie behaupten, der Vormund sey nach dieser Verordnung Justinians von aller Verbindlichkeit zur verzinslichen Anlegung der Mündelgelder befreyt worden. Denn auch davon abgesehen, daß ein solcher Grundsatz, besonders bey langer Dauer einer Vormundschaft, nothwendig zu dem Ruin der Mündel hätte führen müssen; so lehrt ja die Novelle selbst in den folgenden 7. und 8. Kapiteln, daß Justinian in Fällen der Noth den Vormündern ausdrücklich die Verbindlichkeit auferlegt habe, wenigstens gewisse Theile des Mündelvermögens verzins-

91) S. Perez Praelection. in h. Tit. Cod. nr. 12. *Hartm.* Pistoris Lib. I. Quaestio XLIX. nr. 20. sqq. *Conr.* Rittershusius Exposit. Novellar. P. VIII. Cap. 6. nr. 4. u. a. m. Allein man sehe dagegen *Casp. Achat.* Beck Diss. de periculo nominis pupillaris. §. XVII—XX.

lich anzulegen, damit das Vermögen soviel möglich erhalten, und nicht während der vormundschaftlichen Administration zusammenschmelze und aufgezehrt werde. Solcher Fälle, wo der Vormund zur verzinslichen Ausleihe der Pupillengelder nach Vorschrift des Gesetzes verpflichtet ist, sind hier folgende angegeben.

1) Wenn der Mündel zwar ein bedeutendes Vermögen hat, es besteht aber in beweglichen Sachen, z. B. blos in baarem Gelde; so soll der Vormund so viel davon verzinslich ausleihen, daß die jährlichen Zinsen hinreichen, um den Mündel davon anständig zu unterhalten. Das übrige Geld soll er sicher irgendwo deponiren und aufheben, oder er kann auch das Geld, wenn es hinreicht, zum Ankauf eines Grundstücks anwenden. Jedoch muß er mittelst der genauesten Erkundigung darauf bedacht seyn, daß das Grundstück ein solches sey, worauf nur mäßige Lasten und Abgaben haften, überdem gute Einkünfte trage, und der Verkäufer ein sicherer Mann sey, an den man sich allenfalls auf den Evictionsfall halten kann. Da ihm jedoch dieses blos erlaubt wird, mithin der Vormund dazu nicht verpflichtet ist; so muß er auch für die Gefahr stehen, wenn er dabey etwas versieht. So lautet Kap. VII. nach Hombergks Version.

Quod si forte mobilis sit substantia eius, cuius cura geritur, *tum curator illud solum mutuum dare cogatur, quantum ad administrationem minori rerumque eius sufficit, reliquum autem in tuto reponatur*. Licebit vero illi cum omni diligentia inquirere, num forte certum aliquem reditum reperire possit, ut eum ex pecuniis, quae supersunt, minori emat, qui modicis tributis publi-

cis obnoxius sit, quique idoneum venditorem [92]), et magnos reditus habeat. *Licentiam enim et hoc agendi illi concedimus: atque sciat, si quid horum neglexerit, periculum huius emtionis ad ipsum spectaturum.*

Justinian machte also auch nicht einmal den Ankauf von Grundstücken den Vormündern mehr zur Pflicht, vielleicht weil gegen die vielfachen gesetzlichen und privilegirten Hypotheken kaum die größte Vorsicht den Käufern Sicherheit zu gewähren vermochte.

2) Wenn hingegen der Mündel nur soviel Geld im Vermögen hat, daß die Zinsen davon kaum zu seinem und der Seinigen Unterhalt hinreichen, so macht es hier die Noth dem Vormunde zur Pflicht, mit der verzinslichen Anlage der Pupillen-Gelder, als redlicher Mann, eine solche Einrichtung zu treffen, wie er, wenn er selbst in diesem Nothstande sich befände, handeln würde. Die hierher gehörigen Worte des Kap. *VIII.* lauten also:

Si vero minori tanta solum sit pecunia, ut usurae eius vix ad ipsum, illosque, qui ad eum pertinent, alendos, atque ad reliquam vitae sustentationem ipsi praebendam sufficiant, tum necessitatis ratio nos etiam huc vocat, *ut curatores ad Deum respicientes, administrationem tanquam in suis rebus peragant.*

92) *Idoneus* venditor ist, wie Cujacius Exposit. Novellar. ad h. Nov. sagt, locuples, ut de evictione cum effectu conveniri possit. Marezoll in den angef. Bemerkungen II. §. 4. S. 52. erklärt den venditor *idoneus* so, bey dem wegen Hypotheken nicht leicht etwas zu befürchten sey.

3) Hat endlich der Pflegbefohlne hinreichende Einkünfte, so daß davon seine laufenden Bedürfnisse zur Genüge bestritten werden können, so hat der Vormund gar keine Verbindlichkeit, den Ertrag der übrigbleibenden Einkünfte, und die sonstigen Capitalien des Mündels verzinslich anzulegen, sondern das Uebrigbleibende soll nur sicher aufbewahrt werden. Hierher gehören noch folgende Worte des Kap. VII.

Itaque si is, qui in cura est, sufficientes reditus habeat, illos expendat; si vero maiores sint, quam opus habet, quod excurrit, reponatur.

So hat also Justinian nicht nur für die Erhaltung, sondern zugleich auch für die Vermehrung des Vermögens der Mündel gesorgt, indem er den Vormündern zwar keine Verpflichtung, wie nach dem ältern Rechte, zum verzinslichen Ausleihen der Pupillengelder auferlegt, aber doch die Befugniß nachgelassen hat, solches, aber freylich auf ihre Gefahr, zu thun.

Es entsteht aber hier die Frage, wie das eigentlich zu verstehen sey, wenn das Gesetz Cap. 6. a. E. sagt: *periculum crediti* ad ipsum omnino venturum esse? Ist darunter die Gefahr des rein zufälligen Verlustes der ausgeliehenen Gelder zu verstehen, oder nur das Haften für das geringste Versehen bis zu dem casus fortuitus? Letzteres behaupten Joh. Jacob Wissenbach[93]), Joh. von Sande[94]), und Casp. Achatius Beck[95]). Ihre Gründe sind, weil das Wort periculum nicht immer eine

93) Exercitation. ad Pand. P. I. Disp. LI. Th. 5.

94) Decision. aurear. Lib. II. Tit. IX. Def. 13.

95) Diss. cit. §. XXVI.

praestatio casus fortuiti in sich schließe, sondern oft nur die culpa bezeichne, welche zu prästiren, und wodurch der Schade entstanden ist [96]). Gerade in dieser Bedeutung werde es in der Materie von Vormundschaften gebraucht. Denn die Gesetze sprächen hier immer von einem periculo culpae [97]), periculo negligentiae [98]), quo tutores sunt obligati [99]). Die Gefahr treffe also den Vormund immer nur, wenn Zurechnung einer culpa Statt finde, und in dieser Bedeutung müsse das Wort periculum auch hier genommen werden. Wenn also das Gesetz sagt, *periculum crediti* ad ipsum omnino venturum esse, so sey dieß mit der Einschränkung zu verstehen, si aliqua tutoris culpa intervenerit [100]). Hiezu komme noch, daß gar kein Grund vorhanden sey, warum der Vormund mehreren Fleiß bey Ausleihung der Gelder, als in andern Sachen, anwenden solle, zumal da Justinian durch sein Gesetz gerade hierin die Lage der Vormünder nicht habe erschweren, sondern erleichtern und verbessern wollen.

Von einem jeden, auch rein zufälligen Verlust, erklären hingegen das Wort periculum hier, ausser der Glosse, Conrad Rittershus [1]), Christoph Phil.

96) *Jac.* Gothofredus in Commentar. ad L. 23. D. de div. Reg. iuris pag. 105.

97) *L.* 39. §. 14. *D. h. t.*

98) *L.* 40. *D. eodem.*

99) *L.* 1. *et* 3. *C. de periculo tutor.* (V. 38.)

100) Man beruft sich noch auf *L.* 37. §. 1. *D. de negot. gest.* *L.* 111. *D. de cond. et demonstr.*

1) Jur. Justinian. P. VIII. Cap. 6. nr. 9.

Richter[2]), unter den neuern Adolph Diet. Weber[3]), und Just. Theod. Lud. Märezoll[4]). Diese Erklärung verdient unstreitig den Vorzug. Daß nach den ältern Gesetzen Vormünder keineswegs für zufälligen Verlust verantwortlich sind, d. h. nicht schlechterdings verbunden sind, ihre Mündel zu entschädigen, wenn Capitalien, die sie ausgeliehen haben, verloren gehen, hat keinen Zweifel. Diese Gesetze sprechen zwar von einem periculo tutorum, sie sagen, ausgeliehene Mündelgelder ständen auf ihre Gefahr[5]); allein das heißt nicht, sie müßten casus fortuitos prästiren[6]); nein, sie haften nur dann für den Verlust, wenn sie ihn verschuldet haben, d. h. wenn der Verlust dadurch entstand, daß sie bey dem Ausleihen sich nicht wie vorsichtige Haushalter benommen haben[7]). Die Gesetze schreiben ihnen auch hierin keine Vorsichtsmaßregeln vor, sondern machen es ihnen nur im Allgemeinen zur Pflicht, einem sichern Schuldner zu creditiren, d. h. dem jeder vorsichtige Hausvater ohne Bedenken creditirt haben würde[8]). Dieß mußte ihnen genügen, weil sie

2) Exposit. Authenticar. ad Auth. *Novissime* Cod. de administrat. tutor. nr. 9.

3) Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. h. t. ad §. 1334. a. E.

4) Angef. Bemerkungen II. §. 3. (in dem Archiv für die civilist. Praxis IX. B. S. 44 ff.)

5) *L.* 35. *L.* 39. *pr.* *L.* 43. *pr.* *L.* 44. *D. h. t.* *L.* 18. *L.* 24. *in fin. C. eodem.*

6) Man vergleiche über die Bedeutung des Worts periculum Hasse Culpa des Röm. Rechts §. 77.

7) *L.* 15. *L.* 57. *D. h. t.* *L.* 2. *C. Arbitr. tut.*

8) *L.* 50. *D. h. t.* *L.* 111. *D. de condit. et demonstrat.* S. Gesterding von der Verantwortlichkeit des Vormundes in Ansehung ausstehender Mündelforderungen.

vorräthige Mündelgelder nicht müßig liegen lassen durften, sondern solche, wenn sie keine vortheilhafte Gelegenheit hatten, Grundstücke zu kaufen, bey Strafe verzinslich ausleihen mußten. Für Unglücksfälle durften sie daher auch nicht haften [9]). Daß nun aber in dem Falle, von welchem die *Nov. LXXII. Cap.* 6. spricht, von einer gewöhnlichen diligentia, zu welcher nach jenen ältern Gesetzen die Vormünder in dieser Beziehung verpflichtet waren, nicht die Rede sey, geht unverkennbar aus dem ganzen Zusammenhange und dem Zweck des Gesetzes hervor. Justinian geht von dem Gedanken aus, es sey besser, das Capital der Mündel in Sicherheit zu erhalten, als dasselbe aus Begierde, solches durch Ausleihen zu vermehren, am Ende sammt den Zinsen gar zu verlieren. Daher will Justinian, daß nur soviel Geld zu Kapitalien angelegt werden solle, als nöthig ist, um die Bedürfnisse des Mündels und desselben Unterhalt von den daraus erhobenen Zinsen zu bestreiten. Das Uebrige soll dem Mündel aufbewahrt werden. Justinian sieht es demnach nicht gern, daß mehr Geld, als nöthig ist, ausgeliehen werde. Er will es zwar doch dem Vormunde erlauben, aber so, daß der Pupill nichts dabey verliert. Was kann hier wohl Justinians Absicht anders seyn, als daß der Vormund auch die Gefahr des zufälligen Verlusts tragen solle? Dieß ist nun auch an sich gar nicht hart, denn da der Vormund, von dem beneficio legis, welches ihm, die Nothfälle abgerechnet, von der Verbindlichkeit des verzinslichen Ausleihens der Pupillengelder befreyte, keinen

(im Archiv für die civ. Praxis. 2. B. Nr. XX. S. 235 ff.)

9) *L.* 50. *D. h. t. L.* 37. *D. de negot. gest. L.* 4. *C. de periculo tutor. et curator.* (V. 38.)

Gebrauch machen wollte; so hat er freywillig alle Gefahr übernommen. Volenti non fit iniuria. Diese wahre Absicht des Kaisers Justinian erhellet aber noch weiter aus den Worten selbst. *Sciat autem*, sagt er, *crediti periculum ad ipsum* OMNINO *venturum esse.* So hätte sich gewiß Justinian nicht ausgesprochen, wenn blos von der gewöhnlichen culpae praestatio die Rede wäre. Denn diese verstand sich von selbst. Das Wort *omnino* aber, oder, wie es im griechischen Texte heißt: *πάντως*, druckt omne periculum aus, und begreifft also sicher das periculum casus in sich [10]), es betreffe Capital oder Zinsen. Constantinus Harmenopulus [11]) hat daher die angeführten Worte ganz richtig so gegeben: *ἴστω δὲ τὸν τοῦ δανείσματος κίνδυνον ἐφ' ἑαυτὸν πάντα ἐλευσόμενον.* d. h. *omne crediti periculum.* Hierdurch suchte also Justinian die Vormünder vom Ausleihen überflüßiger Pupillen-Gelder abzuschrecken, welches er ihnen geradezu darum nicht verbieten mochte, weil doch die Vormünder, die praeter necessitatem ausleihen, das Beste ihrer Mündel beabsichtigen. Dafür läßt ihnen aber auch Justinian wieder eine Wohlthat angedeihen. Sie sollen nämlich quolibet anno duorum mensium inducias haben, welches die Gesetze *laxamentum* nennen. Da Justinian sich hier auf die ältern Gesetze bezieht, so kann er dieses Wort auch wohl nur in der Bedeutung des ältern Rechts genommen haben, wofür auch

10) *L. 5. §. 2. et 3. D. Commodati.* S. Hasse Culpa des Röm. Rechts. §. 77. S. 382. und Hänels Lehre vom Schadensersatze §. 8. a. E.

11) *Manuale Legum* s. Προχειρον νομων. Lib. V. Tit. 11. nr. 38., (in *Supplem. Thes. Meermaniani.* pag. 328.)

der Sprachgebrauch ist. Der Ausdruck laxamentum temporis wird aber von Ulpian [12]) in der Bedeutung gebraucht, daß es soviel als spatium interiecti temporis heißt, was wir im Deutschen eine Frist nennen. Justinian hat daher auch in dem griechischen Text das lateinische Wort laxamentum beybehalten [13]). Er erklärt es durch ἐνδόσιμων, induciae, welches im grammatischen Sinn einen Stillstand, tropisch aber eine Nachsicht, das Nachlassen von einer Verpflichtung bezeichnet, so wie das griechische Wort ἄνεσις, i. e. *remissio*, *laxatio*, *requies* [14]). Die Worte: duorum mensium induciae deuten also eine Zeitfrist von zwey Monaten an, welche dem Vormunde in jedem Jahre gestattet seyn solle, um zur Eintreibung der Zinsen Anstalten zu treffen. Diese zwey Monate sollen dem Vormunde beym Ersatz der versäumten, oder nicht eingegangenen Zinsen nicht angerechnet werden; er soll also bey Ablegung der Rechnung jährlich nur für zehen Monate die Zinsen aus seinem Vermögen bezahlen [15]). So verstanden, schließt sich also Justinians Vorschrift im Grunde nur an das ältere Recht an, nach welchem, wie bereits oben bemerkt worden ist, der Vormund erst nach resp. zwey oder sechs Monaten für das vernachlässigte Ausleihen vorräthiger Mündelgelder, und also auch erst von dieser Zeit an für die versäumten Zinsen zu haften brauchte. Ganz

12) *L.* 7. §. 11. *D. h. t.*

13) In den *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXXVII. Tit. 11. pag. 838. steht dafür λαξαμέντον.

14) Rittershusius in Jur. Justinian. P. VIII. Cap. 6. nr. 14. hat diese Bedeutung aus einem alten Glossarium erwiesen.

15) S. *Jac.* Cujacius Observation. Lib. V. cap. 12.

anders erklärt zwar Herr Prof. Marezoll [16]) das laxamentum temporis. Er versteht darunter einen Vortheil, welchen Justinian dem Vormunde, wenn er auf eigenes Risico, ohne Verpflichtung dazu, Mündelgelder auf Zinsen ausliehe, zugesichert habe, wodurch die, ohne gesetzliche Verpflichtung, zum Besten des Mündels übernommene Gefahr gewissermaßen sey compensirt worden. „Dieser Vortheil habe nun darin bestanden, daß wenn der Vormund ein Jahr hindurch die Capitalien verzinslich auf eigene Gefahr und auf eignen Namen anbrachte, er dem Mündel nur die Zinsen von zehen Monaten habe bezahlen dürfen. Die Zinsen der übrigen zwey Monate habe er für seine Mühe und für sein Risico selber behalten dürfen.“ Allein daß diese Erklärung nicht nur den Sprachgebrauch gegen sich habe, sondern auch mit dem Ausspruche des Claudius Tryphoninus [17]): Tutor lucrum facere ex tutela non debet, im Widerspruche sey, hat schon Herr D. Hepp in seiner Recension [18]) der Marezollischen Schrift gründlich erinnert.

§. 1334. c.

Heutiger Gerichtsgebrauch.

Die deutsche Praxis nimmt jedoch auf die erklärten Vorschriften der Novelle *LXXII.* Kap. 6—8. keine

16) Bemerkungen über die Verbindlichkeit der Vormünder, die Mündel-Capitalien verzinslich auszuleihen. II. §. 3. (im Archiv für die civilist. Praxis. B. IX. Nr. II. S. 45—49.)

17) *L.* 58. *pr. in fin. D. h. t.*

18) S. die kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft, herausgegeben in Tübingen. 3. Band (Tübingen 1827.) S. 27. ff.

Rücksicht, obwohl diese Novelle nicht nur glossirt ist, sondern auch in ihren übrigen wichtigen Vorschriften Kap. 1 — 5. allgemein angewendet wird, und eben so wenig durch irgend ein deutsches Reichsgesetz aufgehoben ist. Sie spricht vielmehr, wenn nicht besondere Landesgesetze ein Anders verordnen, nach dem ältern Römischen Rechte, welches in den Pandecten und dem Codex enthalten ist [19]. Der Vormund darf daher das Geld nicht müssig liegen lassen. Die Praxis legt jedoch dem Pupillen den Beweis auf, wenn er auf Vergütung der Zinsen klagt, weil der Vormund zur sichern Ausleihung der Gelder, oder zu einem vortheilhaften Kaufe von Grundstücken Gelegenheit gehabt, dieselbe aber verabsäumt habe [20]. Der Mündel ist es auch, welcher zu beweisen hat, daß der Verlust einer Forderung aus der pflichtwidrig unterlassenen Beytreibung derselben entstanden sey, wenn seine Klage auf Entschädigung hinlänglich begründet seyn soll [21].

19) S. Mevius Tom. II. P. VII. Decis. 200. Stryk Us. mod. Pand. P. II. h. t. §. 30. Carpzov Jurispr. for. P. II. Const. XI. Def. 22. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. Vol. II. h. t. §. 25. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXXIX. medit. 1. et 2. Kind Quaestion. forens. Tom. II. Cap. 56. von Kreittmayr Anmerkungen über den Codex Maximilian. Bavar. civ. 1. Th. Kap. 7. §. 12. S. 440. a. E. und f. (München 1791. 8.) Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 657. not. b.

20) Lauterbach c. l. §. 24. Leyser c. l. med. 2. *Tob. Jac.* Reinharth Select. Observation. ad Christinaei Decision. Vol. III. Obs. 34. pag. 54. sq. *Jo. Henr. de* Berger Oeconom. iuris. Lib. I. Tit. 4. Th. X. Not. 9.

21) S. Carpzov Jurispr. for. P. II. Const. XI. Definit. 26. nr. 5 — 7. *Hartm.* Pistoris Quaestion. iuris Lib. I. Qu. 49. n. 2 — 6. pag. 364. (*Lipsiae* 1620. f.) *Jo.*

Es versteht sich jedoch, daß der Vormund beym Ausleihen der Pupillengelder auf hinlängliche Sicherung des Capitals und der Zinsen bedacht seyn müsse. Denn er ist dafür verantwortlich [22]). Die Sicherheit muß unbezweifelt seyn, wenigstens zu der Zeit, da der Vormund das Geld ausliehe, welches, wenn es bestritten wird, der Vormund zu beweisen hat [23]). Das Ausleihen kann also nur gegen Pfand oder Bürgschaft geschehen, die Bürgen müssen aber freylich fideiussores idonei seyn. Sicherheit auf Wechsel ist trüglich, und wird daher nicht für genügend gehalten [24]),

Brunnemann Commentar. ad L. 18. C. de administr. tut. nr. 2. Beck Diss. de periculo nominis pupillaris §. XXV. und Gesterding im Archiv für die civilist. Praxis. 2. B. S. 240.

22) S. Marezoll Bemerkungen S. 37. und 38.

23) *L. 11. D. de probat.* Celsus *libro XI. Digestor.* Non est necesse pupillo probare, fideiussores pro tutore datos, cum accipiebantur, idoneos non fuisse: nam probatio exigenda est ab his, quorum officii fuit providere, ut pupillo caveretur. S. *Hartm.* Pistoris c. l. nr. 11. et 12. Brunnemann c. l nr. 2. Carpzov c. l. nr. 1—4. Leyser Specim. CCCXXXIII. med. 8. Man sehe jedoch den 21. Th. dieses Commentars. S. 297—299. auch Gesterding a. a. O. S. 236. Bey Capitalien, die nicht von dem in Anspruch genommenen Vormunde, sondern von seinem Vorgänger sind ausgeliehen worden, muß hingegen der Pupill beweisen, daß die Schuldner zur Zeit der übernommenen Vormundschaft noch zahlungsfähig gewesen seyen. *L. 2. C. Arbitr. tut.* S. Brunnemann c. l. nr. 1.

24) Anderer Meinung ist zwar *Car. Ferd.* Hommel in Rhapsod. Quaestion. for. Vol. III. Obs. 462. Allein man sehe dagegen *I. L. E.* Püttmann Miscellaneor. libr. sing. Cap. 3.

worin auch mehrere deutsche Landesgesetze [25]) mit einander übereinstimmen.

Zum Ausleihen der Pupillen-Gelder wird übrigens die Auctorität des Magistrats nicht erfordert [26]). Denn die Gesetze sagen davon nichts [27]). Zur Cession der dem Mündel gehörenden Forderungen hingegen ist die Auctorität des Vormundes allein nicht hinreichend, dazu wird ein obrigkeitliches Decret erfordert, weil Vormünder, wie Tit. 9. Libri XXVII. lehren wird, überall keine andere Sachen ohne Decret veräussern dürfen, als welche der Verderblichkeit ausgesetzt sind [28]).

Da die Praxis beym Ausleihen der Mündel Gelder das ältere Röm. Recht beybehalten hat; so steht auch der Vormund in keinem Falle für Unglücksfälle, die ausgelie-

25) S. das allgem. Preuß. Landrecht. 2. Th. 18. Tit. §. 467. von Zeiller Commentar über das allgem. bürgerl. Gesetzbuch der Oesterreich. Monarchie 1. B. 1. Th. 4. Hauptstück §. 230. S. 469. Nach der Wirtemberg. Vormundschaftsordnung Cap. 3. §. 16. dürfen Pupillengelder wenigstens nicht ohne Erlaubniß des Gerichts auf Wechsel ausgeliehen werden. S. Elsässers vermischte Beyträge zum Kanzleywesen. S. 229.

26) S. Mühlenbruch Doctrina Pand. Vol. II. §. 331.

27) *L.* 7. §. 11. *L.* 13. §. 1. *L.* 15. *D. h. t.* *L.* 3. *Cod. de usuris pupillar.* Ein Anders ist, wenn die besondern Landesgesetze verordnen, daß der Vormund Capitalien seiner Pflegbefohlnen nicht ohne Vorwissen und Genehmigung der Obervormundschaft ausleihen soll, wie z. B. das allgem. Preuß. Landrecht a. a. O. §. 471.

28) S. Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 41. S. 443.

Es versteht sich jedoch, daß der Vormund beym Ausleihen der Pupillengelder auf hinlängliche Sicherung des Capitals und der Zinsen bedacht seyn müsse. Denn er ist dafür verantwortlich [22]). Die Sicherheit muß unbezweifelt seyn, wenigstens zu der Zeit, da der Vormund das Geld ausliehe, welches, wenn es bestritten wird, der Vormund zu beweisen hat [23]). Das Ausleihen kann also nur gegen Pfand oder Bürgschaft geschehen, die Bürgen müssen aber freylich fideiussores idonei seyn. Sicherheit auf Wechsel ist trüglich, und wird daher nicht für genügend gehalten [24]),

Brunnemann Commentar. ad L. 18. C. de administr. tut. nr. 2. Beck Diss. de periculo nominis pupillaris §. XXV. und Gesterding im Archiv für die civilist. Praxis. 2. B. S. 240.

22) S. Marezoll Bemerkungen S. 37. und 38.

23) *L. 11. D. de probat.* Celsus *libro XI. Digestor.* Non est necesse pupillo probare, fideiussores pro tutore datos, cum accipiebantur, idoneos non fuisse: nam probatio exigenda est ab his, quorum officii fuit providere, ut pupillo caveretur. S. *Hartm.* Pistoris c. l. nr. 11. et 12. Brunnemann c. l nr. 2. Carpzov c. l. nr. 1—4. Leyser Specim. CCCXXXIII. med. 8. Man sehe jedoch den 21. Th. dieses Commentars. S. 297—299. auch Gesterding a. a. O. S. 236. Bey Capitalien, die nicht von dem in Anspruch genommenen Vormunde, sondern von seinem Vorgänger sind ausgeliehen worden, muß hingegen der Pupill beweisen, daß die Schuldner zur Zeit der übernommenen Vormundschaft noch zahlungsfähig gewesen seyen. *L. 2. C. Arbitr. tut.* S. Brunnemann c. l. nr. 1.

24) Anderer Meinung ist zwar *Car. Ferd.* Hommel in Rhapsod. Quaestion. for. Vol. III. Obs. 462. Allein man sehe dagegen *I. L. E.* Püttmann Miscellaneor. libr. sing. Cap. 3.

worin auch mehrere deutsche Landesgesetze [25]) mit einander übereinstimmen.

Zum Ausleihen der Pupillen-Gelder wird übrigens die Auctorität des Magistrats nicht erfordert [26]). Denn die Gesetze sagen davon nichts [27]). Zur Cession der dem Mündel gehörenden Forderungen hingegen ist die Auctorität des Vormundes allein nicht hinreichend, dazu wird ein obrigkeitliches Decret erfordert, weil Vormünder, wie Tit. 9. Libri XXVII. lehren wird, überall keine andere Sachen ohne Decret veräussern dürfen, als welche der Verderblichkeit ausgesetzt sind [28]).

Da die Praxis beym Ausleihen der Mündel Gelder das ältere Röm. Recht beybehalten hat; so steht auch der Vormund in keinem Falle für Unglücksfälle, die ausgelie-

25) S. das allgem. Preuß. Landrecht. 2. Th. 18. Tit. §. 467. von Zeiller Commentar über das allgem. bürgerl. Gesetzbuch der Oesterreich. Monarchie 1. B. 1. Th. 4. Hauptstück §. 230. S. 469. Nach der Wirtemberg. Vormundschaftsordnung Cap. 3. §. 16. dürfen Pupillengelder wenigstens nicht ohne Erlaubniß des Gerichts auf Wechsel ausgeliehen werden. S. Elsässers vermischte Beyträge zum Kanzleywesen. S. 229.

26) S. Mühlenbruch Doctrina Pand. Vol. II. §. 331.

27) *L.* 7. §. 11. *L.* 13. §. 1. *L.* 15. *D. h. t.* *L.* 3. *Cod. de usuris pupillar.* Ein Anders ist, wenn die besondern Landesgesetze verordnen, daß der Vormund Capitalien seiner Pflegbefohlnen nicht ohne Vorwissen und Genehmigung der Obervormundschaft ausleihen soll, wie z. B. das allgem. Preuß. Landrecht a. a. O. §. 471.

28) S. Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 41. S. 443.

henen Capitalien stehen nur in sofern auf seine Gefahr, als er den Verlust derselben verschuldet hat [29]). Er muß daher beym Ausleihen die möglichste Vorsicht beobachten, so wie sich ein vorsichtiger Hausvater in solchen Fällen zu benehmen pflegt [30]). Mit einer solchen diligentia, qualem in suis rebus adhibet, kann sich der Vormund hier nicht entschuldigen [31]). Er muß daher auch den Beweis führen, daß der eingetretene Verlust des Kapitals rein zufällig sich ereignet habe. Ereignet sich jedoch der Verlust erst nach geendigter Vormundschaftsverwaltung, so haftet der Vormund dafür nicht, sofern er nicht etwa den Grund dazu während seines Amts gelegt hat. Er ist nicht einmal dann verantwortlich, wenn er aus Irrthum die Verwaltung fortgesetzt, und der Schuldner während dieser Zeit aufgehört haben sollte idoneus zu seyn [32]).

29) *L.* 37. §. 1. *D. de negot. gest.* *L.* 50. *D. h. t.* *L.* 35. *D. de reb. credit.* *L.* 4. *C. de periculo tutor.* S. Pistoris Quaestion. iuris. Lib. I. Quaest. 49. nr. 15.

30) Pistoris c. l. nr. 9. et 10.

31) Marezoll S. 38.

32) *L.* 39. *pr. D. h. t.* Papinianus *libro V. Responsor.* Tutores, qui post finem tutelae per errorem officii durantes, rerum administrationem retinuerunt, nominum paternorum periculum, quae post pubertatem adolescentis idonea fuerunt, praestare cogendi non erunt: cum actionem inferre non potuerunt. *L.* 43. *pr. D. eodem.* Paulus *libro VII. Quaestion.* Quum post mortem pupilli desinit esse nomen idoneum, tutor periculo eximitur.

§. 1334. d.

Kann der Vormund Mündelgelder auf seinen eignen Namen ausleihen? Welche ausgeliehene Kapitalien muß der Pupill nach geendigter Vormundschaft anerkennen? Erläuterung der *L.* 16. *D. h. t.*

Noch ist zu bemerken, daß es bey Ausleihung der Pupillen-Gelder dem Vormunde freygestellt ist, ob er die Gelder auf den Namen des Mündels oder in seinem eigenen Namen ausleihen will. Der Vormund handelt in dem letzten Falle nicht gegen die Gesetze, welche dem Vormunde verbieten, Pupillengeld in seinen Nutzen zu verwenden, wie Paulus *libro IX. Responsorum* [33]) sagt.

Tutorem, qui pecuniam pupillarem quamvis *suo nomine* foeneravit, non videri contra constitutiones fecisse, quae prohibent pecuniam pupillarem in usus suos convertere.

Denn der Vormund muß die erhobenen Zinsen der suo nomine von ihm ausgeliehenen Kapitalien dem Mündel verrechnen, und er darf sie nicht für sich behalten. Er ist jedoch nur dann schuldig, diese Zinsen abzuliefern, wenn der Mündel dagegen die Gefahr aller übrigen ausstehenden Kapitalien übernimmt. So sagt ausdrücklich Ulpian *libro XXXV. ad Edictum* [34]):

Si tutor pecuniam pupillarem *suo nomine* foeneravit, ita demum cogetur usuras, quas percepit,

33) *L.* 46. §. 2. *D. h. t.* S. *Jac.* Cujacius Commentar. in libr. IX. Responsor. Julii Pauli ad h. L. (Tom. III. *Oper. postumor.* pag. 50.)

34) *L.* 7. §. 6. *D. h. t.*

praestare, *si suscipiat pupillus ceterorum nominum periculum.*

Und eben dieß ist auch ein bey andern Contracten, z. B. beym Mandat, bey der Societät u. a. anerkannter Grundsatz, daß die Bezahlung der Zinsen mit der Uebernahme des Risico vom Kapital unzertrennlich verbunden sey [35]). Der Unterschied besteht übrigens darin. Hat der Vormund auf den Namen des Pupillen Gelder desselben ausgeliehen, und die Schuldner waren zu der Zeit, da die Vormundschaft geendiget war, noch zahlungsfähig; so steht der Vormund für keine Gefahr, wenn die Forderungen nachher verloren gehen, gesetzt auch der Vormund hätte die Vormundschaft nach deren Beendigung aus Irrthum fortgesetzt. Der Grund ist, weil er nach geendigter Vormundschaft kein Klagrecht mehr hatte. Papinian [36]) führt zwar diesen Grund nur bey nominibus paternis an; Cujaz [37]) bemerkt jedoch ganz richtig, daß er auch für unsern Fall gelte, weil dem Vormunde nichts zur Last gelegt werden kann, wenn er nach geendigter Vormundschaft die Schuldner nicht belangte, weil er sie nach Endigung seines Amtes nicht mehr belangen konnte [38]). Nicht zur Entschuldigung würde jedoch dieser Grund dem Vor-

35) *L.* 10. §. 10. *D. Mandati. L.* 67. §. 1. *D. pro Socio. L.* 30. *D. de hereditat. petit.* S. Heinr. Ernst Ferd. Boley Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien. S. 62.

36) *L.* 39. *pr. D. h. t.*

37) Comment. in lib. V. Responsor. Papiniani ad. cit. L. 39. h. t. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 189.) et Comment. in Libr. VII. Quaestion. Pauli ad L. 43. pr. D. h. t. (*Opp. postum.* Tom. II. pag. 1099 sq.)

38) *L.* 6. §. *ult. D. de negot. gest.*

munde gereichen, wenn er ein Verwandter des Pflegbefohlnen wäre, weil dieser, als Verwandter, auch noch nach geendigter Tutel, ohne Mandat, hätte klagen können, wenn er die cautio de rato leistete [39]), wie ebenfalls Cujaz [40]) sehr gründlich erinnert hat. Hat hingegen der Vormund die Kapitalien von dem Gelde seines Mündels suo nomine ausgeliehen, so steht er für die Gefahr auch noch nach geendigter Vormundschaft in sofern, als er sie auch noch post finitam tutelam einklagen konnte, und es wird ihm also zur Last gelegt, wenn er es nicht that [41]). Es kommt nun hier noch auf die Frage an, welche ausstehende Kapitalien der Pflegbefohlne nach geendigter Tutel anerkennen müsse [42])? Hier ist nun

1) soviel außer Zweifel, daß er die zu der Zeit durchaus sicherstehenden Kapitalien (nomina idonea, nomina integra) anerkennen müsse [43]). Hier kann der Vormund verlangen, daß er der Gefahr entlediget werde, sobald sein Amt geendiget ist, der Vormund mag sie auf den Namen des Pupillen, oder auf seinen Namen ausgeliehen haben. Denn wenn auch der Vormund suo nomine stipulirt hat, so kann doch der gewesene Mündel actione utili klagen [44]). Eben dieses gilt

39) *L.* 35. *D. de procurator.*

40) In Papiniani loc. cit. Tom. I. pag. 189.

41) Cujacius Comment. in Lib. VII. Quaestion. Pauli. (Tom. II. *Opp. postum.* pag. 1099.)

42) Man sehe hier vorzüglich *Hartm.* Pistoris Quaestion. iuris Lib I. Quaest. 49. n. 16—20.

43) *L.* 16. *D. h. t.*

44) *L.* 2. *D. Quando ex facto tutor.*

2) von solchen Kapitalien, bey denen zwar ein Verlust zu besorgen ist, ohne daß jedoch dem Vormunde dabey irgend ein Versehen zur Last fällt, weil der Vormund für keine Unglücksfälle haftet, insofern der Verlust durch keine größere Vorsicht hätte abgewendet werden können, als welche der Vormund bey deren Ausleihung angewendet hat[45]).

3) Stehen hingegen Kapitalien unsicher, oder sie sind gar verloren gegangen, weil der Vormund bey deren Ausleihung nicht die gehörige Vorsicht beobachtete, oder in deren zeitigen Beytreibung nachlässig war, so braucht diese der Mündel nicht anzuerkennen, sondern deren Verlust fällt auf des Vormunds Rechnung[46]). Damit jedoch der Pupill nicht zum Nachtheil des Vormundes nur blos die guten Kapitalien für sich behalten, die schlechten aber dem Vormunde überlassen möge; so wird den Vormunde erlaubt, dem Pupillen den Antrag zu machen, entweder alle Kapitalien zu übernehmen, oder sie alle dem Vormunde zu überlassen. Hierher gehört die merkwürdige Stelle aus des Paulus *libro VI. ad Sabinum*[47]), welche folgendermassen lautet:

Cum quaeritur iudicio tutelae, quae nomina a tutore facta agnoscere pupillus debeat, Marcellus putabat, si tutor pecuniam pupilli mutuam dedisset, et *suo nomine* stipulatus esset, posse dici, nomina integra pupillo *salva* esse[48]), deper-

45) *L.* 50. *D. h. t.* *L.* 37. §. 1. *D. de negot. gest.* Pistoris c. l. nr. 19.

46) *L.* 35. *D. de reb. credit.* Pistoris c. l. nr. 18.

47) *L.* 16. *D. h. t.*

48) *Desid.* Heraldus Observation. et Emendation. Cap. 1. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. II. pag. 1313.)

dita, et male contracta ad tutorem pertinere. Sed

hält das Wort *salva* für einen unächten Zusatz, welcher weggestrichen werden müße. Es soll eine Erklärung von integra seyn. Die richtige Lesart, meint er, sey auf folgende Art zu restituiren: *nomina integra pupilli esse*. Allein schon *Claud.* SALMASIUS Variar. Observation. et Emendation. ad ius Atticum et Roman. pertinent. (*Lugd. Batav.* 1645. 8.) Cap. 12. pag. 348 sq. hat diese höchst unnütze Emendation mit Recht verworffen, und *Jo.* CANNEGIETER ad Collation. Legum Mosaicar. et Romanar. Tit. X. §. 2. not. d. adject. *Domitii Ulpiani* Fragmentis (*Lugd. Batav.* 1774. 4) pag. 230. hat sehr richtig erinnert, daß durch Beybehaltung der florentinischen Lesart die Worte einen vollständigern und richtigeren Sinn hätten. Paulus unterscheidet nämlich bey den Capitalien, die der Vormund von des Pupillen Gelde suo nomine ausgeliehen hat, zwischen nomina *integra*, *deperdita* und *male contracta*. Erstere, nomina *integra* sind nomina bona et idonea, Capitalien, die durchaus sicher angelegt sind, bey denen gar keine Gefahr zu besorgen ist, daß sie verloren gehen könnten. Diese sollen dem Pupillen salva seyn, d. h. sie sollen ihm verbleiben, sie sollen ihm erhalten werden. Nomina *deperdita* sind omnino mala, verlorne Schuldforderungen, die so schlecht stehen, daß davon nichts zu erhalten ist. Endlich nomina *male contracta* sind nomina dubia, unsicher stehende Capitalien, die aber doch nicht ganz verloren sind, sondern von denen doch noch ein Theil zu erhalten ist. Die beyden letzten soll der Vormund übernehmen. Jedoch meint SALMASIUS, wenn ja im Text etwas zu ändern sey, so könnte allenfalls: *nomina integra pupillo* SUA *esse*, gelesen werden, CANNEGIETER aber glaubt, man könnte auch das Wort *salva* mittelst einer leichten Aenderung mit SOLUM vertauschen. Allein auch diese Emendationen sind ganz unnöthig, und jene des SALMASIUS, hat auch schon BYNKERSHOEK in der Ge-

verius se putare[49]), posse tutorem eam conditionem adolescenti deferre, ut id, quod gessisset tutor in contrahendis nominibus, aut in totum agnosceret, aut a toto recederet[50]): ita ut perinde esset, ac si tutor sibi negotium gessisset. Idem est, et si *pupilli nomine* credidisset.

Aus den letzten Worten erhellet, daß hier kein Unterschied Statt finden solle, der Tutor mag auf den Namen des Pupillen, oder suo nomine das Geld seines Mündels ausgeliehen haben, wenn gleich Anfangs blos von dem letzten Falle die Rede war. Man vermische also diese Entscheidung nicht mit jener, da die ausstehenden Kapitalien zur Zeit der geendigten Tutel noch vollkommen gut und zahlbar waren, und erst nachher verloren giengen[51]). Es ist nicht zu verkennen, daß die Kautel, welche hier

hauerischen Ausgabe des Corp. iur. civ. T. I. pag. 453. not. 20. verworffen.

49) Haloander liest hier: *Sed verius esse putarim.* Diese Lesart haben auch Miräus und Beck angenommen. Die Glosse muß aber eben so, wie die Florentine, gelesen haben. Denn sie ist im Zweifel, ob diese Worte nicht vielmehr auf den Marcellus gehen, so daß nämlich dieser hernach selbst seine Meinung wieder geändert habe. Allein richtiger spricht hier wohl Paulus von sich selbst.

50) Die Lesart Haloanders, die ich hier angenommen habe, und welche sich auch bey Baudoza, Hugo a Porta, und in den Gothofredischen Ausgaben findet, verdient hier wohl den Vorzug, vor dem agnoscere und recedere bey Taurellius.

51) S. Cujacii Comm. cit. ad L. 43. D. h. t. (Tom. II. *Opp. postum.* pag. 1099.)

dem Vormund an die Hand gegeben wird, offenbar desselben Vortheil bezweckt, damit er nicht gar zu sehr in Schaden gerathen möchte. Macht der Vormund von dieser Kautel Gebrauch, so hat zwar der Mündel die Wahl, welche besonders in den Basiliken[52]) hervorgehoben wird, allein eine Absonderung der guten Schuldforderungen von den schlechten findet jetzt nicht mehr Statt; ausser wenn sich's der Vormund gefallen lassen will, denn es hängt ja von ihm ab, ob er von dieser Wohlthat Gebrauch machen will, oder nicht. Sind die ausstehenden Forderungen entweder alle gut, oder alle schlecht, so fällt sie ohnehin weg.

§. 1335.

Fortsetzung, noch einige allgemeine Pflichten der Vormünder.

Noch sind folgende Pflichten den Vormündern vorgezeichnet. Sie sollen 1) vor allen Dingen die drückenden Schulden ihrer Mündel abzutragen suchen, es mag der Mündel einem fremden Gläubiger oder dem Vormunde selbst schuldig seyn, da sich der Vormund nicht nur selbst mit des Pupillen Gelde Zahlung leisten kann, sondern auch dazu verbunden ist[53]). Noch mehr aber wird dieses dem

52) *Tom.IV. Lib.XXXVII. Tit.7. Const.*16. p 833. Εἴτε οἰκείῳ ὀνόματι, εἴτε τοῦ ἀνήβου, δανείσει ὁ ἐπίτροπος τα ὀρφανικὰ χρήματα, τῆς ἀγωγῆς τῆς κατὰ τῶν ἐπιτρόπων κινουμένης, ἐπιλογὴ δίδοται τῷ νέῳ, ἢ πάντα καταδέξασθαι τὰ γραμματεῖα, ἢ πάντων ἀποστῆναι i. e. *Sive suo, sive pupilli nomine tutor pecuniam pupillarem crediderit, iudicio tutelae instituto, datur pupillo optio, vel ut agnoscat omnia nomina, vel ab omnibus recedat.*

53) *L.* 9. §. 5. 6. *et* 7. *D. h. t. L.* 12. *C. de praed. et aliis reb. minor.* (V. 71.) Montanus Cap. XXXII. Reg. IX.

Vormunde zur Pflicht gemacht, wenn er selbst der Schuldner seyn sollte, für den der Vater des Pupillen fidejubirt hat. Hat es der Vormund nicht gethan, und der Pupill hat, nachdem er mündig geworden, ex causa fideiussoria Zahlung leisten müssen; so kann der gewesene Vormund nicht nur actione mandati, sondern auch actione tutelae belangt werden [54]). Bey der Bezahlung der Pupillarschulden muß jedoch der Vormund alle Vorsicht anwenden, daß er nicht eine Nichtschuld für eine Schuld bezahle [55]). 2) Wird der Mündel in Prozesse verwickelt, so muß der Vormund ihn vor Gericht vertreten. Ob er selbst will für seinen Mündel vor Gericht handeln, oder ob er den Pupillen handeln lassen will, nämlich mit seiner Zustimmung, überlassen ihm die Gesetze. Letzteres setzt aber freylich voraus, daß der Pupill nicht abwesend, und über sieben Jahre alt sey [56]). Versäumt der Vormund diese

nr. 97 — 100. und *Jo.* Voet Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 7.

54) *L.* 9. §. 1. *D. h. t.* Ulpian. *libro XXXVI. ad Edictum.* Si paterfamilias eum, pro quo fideiussit, tutorem dederit filio suo: officio tutoris convenit, ut cum dies pecuniae praeterierit, creditori debitum solvat: et ideo cessante eo, si pupillus suae tutelae factus, solverit ex causa fideiussoria: non solum *mandati*, sed etiam *tutelae* agere poterit. Hoc enim ei imputatur, cur pro se non solverit.

55) *L.* 13. §. 2. *eod.* Gajus *libro XII. ad Edictum provinciale.* In solvendis legatis et fideicommissis attendere debet tutor, ne cui *non debitum* solvat.

56) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* Ulp. *libro XXXV. ad Edictum.* Sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi iudicium suscipiant, sive pupillus ipsis auctoribus: nec

Vertretung seines Mündels im Proceß, so muß er dem Mündel nicht nur allen daraus erwachsenen Schaden ersetzen, sondern er kann auch als suspect entfernt werden[57].

cogendi sunt tutores cavere, ut defensores solent. Licentia igitur erit, utrum malint ipsi suscipere iudicium, an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus iudicium suscipiatur: ita tamen, ut pro his, qui fari non possint, vel absint, ipsi tutores judicium suscipiant, pro his autem, qui supra septimum annum aetatis sunt, et praesto fuerint, auctoritatem praestent. §. 3. In causis autem adultorum licentia erit agentibus, vel ipsum adultum praesentem in iudicium vocare, ut consensu curatoris conveniatur, vel contra curatorem agere, ut ipse litem suscipiat. In absentibus autem adultis omnimodo contra curatorem agendum. Der Vormund kann also auch selbst während der Vormundschaft in Sachen des Pflegbefohlnen gültig belangt werden, ja er muß in dem Falle belangt werden, wenn der Pflegbefohlne abwesend ist. S. *Gerh.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Quid. und Hufelands Lehrb. des Civilrechts 2. B. §. 1586.

57) *L.* 78. §. 2. *in fin. D. XXXI. de legatis. L.* 28. *pr. C. h. t.* Justinianus. Sancimus, neminem tutorum vel curatorum pupilli, vel adulti, vel furiosi, aliarumque personarum, quibus tam ex veteribus, quam ex nostris legibus vel constitutionibus creantur curatores, defensionem, quam pro lite susceperint, recusare, sed ab initio litis modis omnibus memoratas personas defendere, et litem praeparatam secundum leges instruere, scientes, quod hoc munus necessarium est tam tutelae, quam curationi. Et si hoc recusaverint, vel subire distulerint: non solum utpote suspecti amoveantur, amissa eorum existimatione: sed etiam ex substantia sua omne detrimentum, quod antelatae personae ex recusatione defensionis sustinent, resarcire cogantur.

Er darf jedoch keine unnütze Processe führen[58]. 3) Ein von dem Vater des Mündels getriebenes, und von dem Pupillen ererbtes Handlungsgeschäft oder Gewerbe, hat zwar der Vormund nach der letztwilligen Vorschrift des Vaters, es versteht sich, nicht in seinem, sondern in des Pupillen Namen, fortzuführen[59], es darf nur aber die Fortsetzung nicht mit Risiko verbunden, oder sonst ein mißliches Geschäft seyn, in welchem Falle es auch wohl dem Tutor erlaubt ist, von der Vorschrift des Vaters abzugehen[60]; auf keinen Fall darf aber der Vormund sich von dem Gewinn Etwas zueignen[61]. 4) Der Vormund darf auch von dem Gelde des Mündels keine Geschenke machen[62]; jedoch sind solche Geschenke auszunehmen, die sich nach dem Stande, oder nach den besondern Verhältnissen und Pflichten des Pupillen, oder nach Sitte und Herkommen nicht wohl vermeiden lassen, ohne die Regeln des Anstandes, und der Schicklichkeit zu verletzen. Z. B. solche Geschenke, welche zu gewissen Zeiten, und bey gewissen Gelegenheiten zu machen gleichsam zur Nothwendigkeit geworden ist[63]. Hochzeitsgeschenke rechnen zwar die

58) *L.* 6. *Cod. h. t.*

59) *L.* 58. *pr. D. h. t.* S. *Jos. Fern. de* RETES Opusculor. Lib. IV. ad h. L. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 199 sqq.) und VOET h. t. §. 11.

60) Arg. *L.* 5. §. 9. *D. h. t.* S. HUFELAND Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. B. §. 1569.

61) *L.* 58. *in fin. princ. h. t.* S. *de* RETES l. c. nr. 4. et 5.

62) *L.* 22. *L.* 46. §. 7. *D. h. t.* *L.* 16. *Cod. eodem.* DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 12. §. 20. und LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 23.

63) *L.* 12. §. 3. *D. h. t.* Solemnia munera parentibus cognatisque mittet. S. den 25. Th. dieses Commen-

Gesetze dahin nicht[64]); nach dem heutigen Gerichtsgebrauche kann sie jedoch der Vormund in Rechnung bringen, weil solche Geschenke nach heutiger Sitte nicht wohl, am wenigsten von eingeladenen Hochzeitgästen, der Ehre wegen, vermieden werden können; sie müssen nur nicht unmäßig seyn[65]). Ob und wie fern der Vormund der armen Schwester seines Mündels Alimente geben, oder eine dos bestellen könne, ist schon an andern Orten[66]) erörtert worden. Der Vormund darf endlich 5) Gelder des Mündels, gleichviel ob Capitalien oder Zinsen, zu eignem Nutzen nicht verwenden. Kann klar bewiesen werden, daß der Vormund Pupillengelder für sich verwendet habe, so ist er nach dem Röm. Rechte die höchsten Zinsen davon mit zwölf Procent zu bezahlen schuldig. Die Verordnung selbst ist keinem Zweifel unterworfen. So sagt Ulpian *L.* 7. §. 4. *D. h. t.*

tate, §. 1231. S. 101. ff. und *L.* 1. §. 2. *D. de tut. et ration. distr.* auch Montanus Cap. XXXII. Reg. IX. nr. 149 — 151.

64) *L.* 13. §. 2. *D. h. t.* Gajus. Nec nuptiale munus matri pupilli vel sorori mittere. *L.* 1. §. 5. *D. de tut. et ration. distrah.* Ulpian. *libro XXXVI. ad Edictum.* Sed si munus nuptiale matri pupilli miserit, non eum pupillo imputaturum, Labeo scripsit: nec perquam necessaria est ista muneratio.

65) S. *Jo.* Schilter Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVII. §. 103. Lauterbach c. l. *Pet.* Müller Diss. de dono nuptiali (*Jenae* 1688.) Cap. II. §. 3. und *Christ. Conr.* Falckner Diss. de oblatione munerum nuptialium. (*Altorf.* 1695.) §. 10.

66) S. den 28. Th. Tit. de agnosc. et alend. liber. etc. §. 1290. b. S. 242. ff. und den 25. Th. Tit. de iure dot. §. 1231. S. 100. ff.

Pecuniae, quam *in usus suos* converterunt tutores, *legitimas* usuras praestant: sed hoc ita demum, si evidenter doceantur pecuniam *in usus suos* convertisse. Ceterum non utique, qui non foeneravit, vel non deposuit, in suos usus vertit, et ita *Divus* SEVERUS decrevit. *Doceri igitur debet, in usus suos pecuniam vertisse.*

§. 10. Quae autem sint pupillares usurae, videndum est. Et apparet, hanc esse formam usurarum, ut eius quidem pecuniae, quam quis *in usus suos* convertit, *legitimam usuram* praestet.

§. 12. Si usuras exactas tutor vel curator *usibus suis retinuerint*, earum usuras agnoscere eos oportet: sane enim parvi refert, *utrum sortem pupillarem, an usuras in usus suos converterint.*

Eben so rescribirte auch der Kaiser **Alexander** an den Crescentinus *L. 1. C. de usuris pupillarib.* (*V.* 56.)

Tutorem vel curatorem pecuniae, quam *in usus suos* convertit, *legitimas usuras* praestare debere, olim placuit.

Ganz damit übereinstimmend rescribirt der Kaiser **Antoninus** an den Vitalius *L.* 3. *Cod. Arbitrium tutelae.*

Si curator post decretum Praesidis, sublata pecunia, quae ad comparationem possessionis fuerat deposita, sibi praedium comparavit: elige, utrum malis in emptione negotium tibi eum gessisse, an *quia in usus suos pecuniae conversae sunt*, LEGITIMAS USURAS ab eo accipere: secundum quae judex tutelae judicio redditus, partem religionis implebit.

Hier ist der Fall, wo der Vormund mit des Mündels Geldern für sich ein Grundstück gekauft hatte. Der Mündel soll hier die Wahl haben, ob er das Grundstück selbst übernehmen, oder sich das Capital mit den usuris legitimis will bezahlen lassen [67]).

In allen diesen Gesetzstellen ist zwar die Größe der von dem Vormunde in diesem Falle zu zahlenden Zinsen nur im Allgemeinen durch den Ausdruck *usurae legitimae* bezeichnet; daß aber damit die höchsten Zinsen, also usurae centesimae, zwölf Procent bestimmt werden, lehrt Tryphoninus *libro secundo Disputationum* [68]), wo es heißt.

Sed quas usuras debebit? videamus, utrum eas, quibus aliis idem creditor foenerasset? an et *maximas usuras?* quoniam ubi quis eius pecuniam, cuius tutelam negotiave administrat, aut magistratus municipii publicam *in usus suos* convertit, *maximas usuras* praestat, ut est constitutum a divis principibus.

Hiermit ist noch eine andere Stelle aus eben diesem Buche des Tryphoninus zu verbinden, welche vermuth-

67) In den *Basilicis* Tom. V. Libr. XXXVIII. Tit. 3. Const. 28. pag. 70. in fin. heißt es: δίδοται ἐξουσία τῷ ἐλάττονι, ἢ τὸν ἀγρὸν λαβεῖν, ὡσανεὶ αὐτῷ πραχθέντος τοῦ συναλλάγματος, ἢ τοὺς ἀπὸ συγχωρήσεως τόκους ἀπαιτῆσαι. i. e. *Datur minori facultas, ut vel fundum recipiat, quasi sibi negotio gesto*, vel usuras petat *ob usum pecuniae.* Der griechische Scholiast Thaleläus Sch. e. pag. 87. erklärt die hier zu zahlenden usurae durch legitimae hoc est, centesimae ἑκατοστιαῖοι.

68) *L. 38. D. de negot. gest.*

lich mit jener zusammenhieng. Es ist die *L.* 54. *D. h. t.* welche folgendermassen lautet.

Non existimo, *maximis* usuris subiiciendum eum, qui a contutoribus suis mutuam pecuniam pupilli accepit, et cavit, certasque usuras promisit, quas et alii debitores pupillo dependunt, *quia hic sibi non consumsit, nec clam, nec quasi sua pecunia licenter abutitur, et nisi his usuris a contutore mutuum ei daretur, aliunde accepisset.* Et multum refert, palam aperteque debitorem se, ut extraneum et quemlibet faceret pupillo, an sub administratione tutelae pupillique utilitate latenter sua commoda pupilli pecunia iuvaret.

Aus diesen Gesetzen ergiebt sich zugleich, daß man nur dann sagen kann, der Vormund habe Pupillengelder in seinen Nutzen verwendet, wenn er während der Verwaltung heimlich und eigenmächtig Gelder aus des Mündels Kasse nahm, und solche unverzinslich, wie sein eigenes Geld, gebrauchte [69]. Der Fall ist also nicht vorhanden, 1) wenn der Vormund Pupillen-Gelder auf seinen Namen ausliehe, denn dieß ist ihm, wie schon oben vorgekommen, erlaubt [70]. Er giebt hier von den auf seinen eigenen Namen verliehenen Geldern des Mündels nur die davon erhobenen Zinsen, und auch nur dann, wenn der Mündel die Gefahr des Kapitals übernimmt [71]. 2) Wenn die Verwendung erst nach geendigter Tutel geschahe, denn hier darf er nur die gewöhnlichen Zinsen zahlen [72].

69) S. Montanus Cap. XXXII. Reg. IX. nr. 213 — 217.

70) *L.* 46. §. 2. *D. h. t.*

71) *L.* 7. §. 6. *D. h. t.*

72) *L.* 46. §. 2. *D. h. t.*

3) Wenn er das Geld von dem Mitvormunde auf eine legale Art aufnahm, und solches, wie jeder andere Schuldner des Pupillen, zu verzinsen versprochen hat. Denn daß der Vormund öffentlich vom Mitvormunde des Mündels Gelder gegen die gewöhnlichen Zinsen aufnehmen könne, lehrt Tryphoninus. Ist kein Mitvormund da, so kann der Vormund auch selbst von des Pupillen Geldern ein Anlehn für sich gegen Verzinsung aufnehmen, und sich dann eben so in der Rechnung als Schuldner aufführen, wie er sich als Gläubiger des Mündels bezahlt machen kann [73]. Die Verwendung der Gelder des Pupillen zum eigenmächtigen Gebrauche des Vormundes muß also evident erwiesen seyn, wenn der Vormund zur Bezahlung der höchsten Zinsen soll verurtheilt werden können. Daß der Vormund Gelder des Mündels nicht verzinslich ausgeliehen, oder nicht deponirt hat, ist daher, wie Ulpian in der oben angeführten Gesetzstelle [74]) sagte, zu diesem Beweise nicht hinreichend. Ob aber der Vormund noch heutzutage von den Geldern seines Mündels, welche er in seinen Nutzen verwendet hat, zwölf Procent Zinsen zu bezahlen schuldig sey, ist sehr bestritten. Mehrere selbst practische Rechtsgelehrte [75]) bejahen diese Frage, weil das Römische Recht

73) *L.* 9. §. 7. *D. h. t.* S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 9. in fin.

74) *L.* 7. §. 4. *D. h. t.*

75) *Jo. Henr. de* Berger Oeconom. iur. Lib. I. Tit. IV. Th. X. Not. 11. *Jo. Balth. a* Wernher select. Observation. for. Tom. II. P. VI. Obs. 316. et Tom. III. P. II. Obs. 346. *Jo.* Schilter Praxis iuris Romani in for. Germ. Exercitat. XXXVIII. §. 105. in fin. Lauterbach Colleg. theor. pract. Pandect. P. II. h. t. §. 33.

durch die deutschen Reichsgesetze hierin nicht ausdrücklich sey aufgehoben worden. Denn wenn gleich die Reichsgesetze in der Regel nicht mehr als fünf von Hundert als rechtmäßige Zinsen zu nehmen erlaubten, so seyen damit doch nicht die Ausnahmen von der Regel aufgehoben worden, weil das singuläre Recht durch das gemeine nicht verändert werde. Erweisliche Gewohnheitsrechte, die hier die Stelle einer gemeinen Rechtsnorm vertreten könnten, gebe es gleichfalls nicht. Ueberdem habe das Römische Recht so viel Gründe der Gerechtigkeit für sich, daß es eine tadelnswürdige Nachsicht gegen den ungerechten Haushalter seyn würde, wenn man die Anwendbarkeit dieser zweckmäßigen Vorschrift desselben bestreiten wollte. Sie müsse also noch jetzt gelten, wofern nicht Particularrechte etwas anders festsetzten. Hellfeld hingegen, und viele andere Rechtsgelehrte [76]) bezweifeln die heutige Anwendbarkeit

und Adolph Dietr. Weber Versuche über das Civilrecht, und dessen Anwendung. Nr. III. §. 6.

76) *Bened.* Carpzov Jurispr. for. P. II. Const. XXX. Def. 3. *Car. Ferd.* Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Obs. 696. Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bemerk. CVI. S. 374. f. *Jo. Ad. Th.* Hind Quaestion. for. Tom. II. Cap. 56. pag. 302 sq. *Lud.* Menken Diss. de tutore et curatore ad usuras ex suo debito usurarum obligato. *Lipsiae* 1703. §. 27. in fin. *Jo. Henr.* Bocris Diss. de tutore pecuniam pupillarem in proprios usus convertente ad usuras centesimas hodie minus obligato. *Bambergae* 1745. §. IX. sqq. *Lud. Joach. Jo.* Danckwarth Commentat. de tutore pecunias pupillares in suos usus convertente ad usuras centesimas haud obligato. *Rostochii* 1781. 4. Thibaut System des Pand. Rechts. 1. B. §. 283. Eichhorn deutsches Privatrecht. §. 107.

des Römischen Rechts, und stellen den Satz auf, der Vormund sey heutzutage wegen der für sich gebrauchten Gelder seines Mündels nicht mehr Zinsen zu zwölf von Hundert, sondern nur die gewöhnlichen Zinsen von fünf Procent zu bezahlen gehalten. Diese sagen, nur vor Justinian hätten die Vormünder zwölf Procent Zinsen bezahlen müssen. Dieß habe Justinian aber wieder aufgehoben, und die usurae centesimae nur in zwey Fällen gebilligt, in allen übrigen Fällen hingegen, als höchsten Zinsfuß, 6 P. C. vorgeschrieben. Diese träten nun in die Stelle der alten zwölf Procente, auch für Fälle, in welchen der Schuldner besonders hart behandelt zu werden verdient[77]. Wenn also das Römische Recht usurae legitimae, usurae maximae, verordne, so könnten jetzt darunter nur die höchsten gemeinen Zinsen, abgesehen von besondern Ausnahmen, verstanden werden, nämlich usurae semisses, welche sechs Procent nicht überschreiten dürften. Daher wären auch in den Basiliken[78] die usurae legitimae in der *L.* 1. *Cod. de usuris pupillaribus* durch *semisses*, *ἡμιεκατοστιαῖοι*, erklärt worden, wie schon Voet[79] sehr richtig bemerkt habe, und sehr merkwürdig sey es, daß es in der *L.* 1. *C. cit.* heiße: Tutorem — legitimas usuras praestare debere,

Schweppe Röm. Privatrecht §. 753. der 3. Ausgabe und Desselben Handbuch des Röm. Privatrechts in seiner heutigen Anwendung. 1. B. (Göttingen 1828.) §. 196. S. 455.

77) *L.* 26. §. 1. *C. de Usuris.* Ger. Noodt de foenore et usuris. Lib. II. cap. 14. (*Opp.* Tom. I. pag. 234.)

78) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 17. Const. 1. pag. 188.

79) Commentar. ad Pand. Tom. I. Lib. XXII. Tit. 1. §. 2.

olim placuit, woraus erhelle, daß die legitimae usurae keine semisses, sondern gewiß centesimae gewesen wären. Hierzu komme nun aber noch der sehr erhebliche Grund, daß das Römische Recht, was die Größe der Zinsen betrifft, in Deutschland gar nicht angenommen, vielmehr darüber in den Reichsgesetzen im allgemeinen verordnet worden sey, daß rechtmäßige Zinsen nicht höher als zu fünf von Hundert gehen sollen. Aus dem allen folge nun von selbst, daß heutzutage keine Zinsen über das heutige Maximum der fünf Procent hinausgehen dürfen, also auch der Pupill nicht mehr von den Geldern fordern könne, welche der Vormund in seinen Nutzen verwendet hat. Ich habe mich ebenfalls für diese Meinung schon an einem andern Orte[80]) erklärt. Es wird auch in Deutschland in der Regel nach dieser Meinung gesprochen[81]), wo nicht die besondern Gesetze eines Landes ein Anderes verordnen[82]).

Ist der Vormund selbst dem Papillen schuldig, und er hat die von ihm zu entrichtenden Zinsen nicht zur gehörigen Zeit bezahlt, so entsteht die Frage, ob er diese Zinsen nicht wieder verzinsen müsse? Diese Frage ist auch sehr streitig. Unser Autor bejahet sie mit Lüder Mencken[83]), der ihr eine eigne Abhandlung gewidmet hat. Die Gründe sind, der Vormund dürfe nicht nachsichtiger gegen

80) S. den 21. Th. dieses Commentars §. 1135. S. 103.

81) S. Boehmer Diss. cit. §. XXXIII.

82) Z. B. nach dem Preuß. Landrechte 2. Th. Tit. XVIII. §. 486. muß der Vormund, welcher Gelder seines Pflegbefohlnen für sich genutzt hat, acht von Hundert an Zinsen bezahlen.

83) Disp. de tutore et curatore ad usuras ex suo debito usurarum obligato. *Lipsiae* 1703. 4.

sich selbst, als gegen andere Schuldner des Pupillen seyn. So wie also der Vormund die dem Pupillen von Andern schuldigen Zinsen zu gehöriger Zeit beytreiben müsse, eben so auch von sich selbst [84]); weil Er die eingegangenen Gelder des Mündels wieder verzinslich ausleihen müsse. Hierzu komme noch die besondere Begünstigung der Pupillen, deren Vermögen von den Vormündern vermehrt, aber nicht vermindert werden dürfe. Die Pupillen würden aber Schaden leiden, wenn der Vormünd die schuldigen Zinsen nicht verzinsen dürfte. Diese Meinung wird aus den angeführten Gründen von mehreren sowohl ältern als neuern Rechtsgelehrten [85]) behauptet. Viele [86]) sind jedoch der

84) *L.* 9. §. 3. *D. h. t.* Ulp. Et generaliter, quod adversus alium praestare debuit pupillo suo, id adversus se quoque praestare debet: fortassis et plus: adversus alios enim experiri sine actione non potest, adversus se potuit. §. 6. Sicut autem solvere tutor, quod debet, ita et exigere a pupillo, quod sibi debetur, potest, si creditor fuit patris pupilli.

85) *Matth.* Berlich Decision. P. II. Decis. 268. nr. 13. sqq. *Reinh.* Bachov Not. et Animadversion. ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. III. Th. 5. Lit. A. Verb. *Ubi tamen. Jo.* Voet Comm. ad Pand. Tom. I. Lib. XXII. §. 20. *Jo.* Brunnemann Decision. Centur. I. Decis. 73. *Jo. Balth. L. B. a* Wernher Select. Observation. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 397. *Car. Ferd.* Hommel Rhapsod. Quaestion. for. Vol. V. Obs. 696. nr. 2—6. et Vol. VI. Obs. 766. Thibaut System des Pand. Rechts. 1. B. §. 285. *Christ. Aug.* Günther Princip. iur. Rom. priv. noviss. Tom. I. §. 187. *Car. Christph.* Hofacker Princ. iuris civ. Rom. Germ. cura Christ. Gmelin. Tom. III. §. 1840. Adolph Diet. Weber Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1335. a. E.

86) *Ben.* Carpzov Jurispr. for. P. II. Const. XXX, Def. 32.

entgegengesetzten Meinung. Sie berufen sich zum Beweis des Gegentheils auf die ganz allgemeine Verordnung der Gesetze [87]), nach welcher es überhaupt verboten sey, Zinsen von Zinsen zu nehmen. Dieses Verbot finde hier vollkommene Anwendung, weil beym Vormunde, wenn er selbst mit den Zinsen im Rückstande ist, die Person des Schuldners nicht verändert werde. Sie brauchen auch noch den Grund. Wenn der Vormund rechtmäßiger Schuldner des Pupillen ist, es sey nun, daß er schon Schuldner seines Vaters war, oder die Gelder des Mündels von ihm selbst mit Zustimmung des Mitvormundes oder der Obrigkeit erborgt habe; so sey er hier, wie ein fremder Schuldner, zu betrachten. Dieses erhelle schon daraus, weil der Pupill wegen eines solchen Kapitals auf den Gütern des Vormun-

Ge. Ad. STRUV Synt. iuris civ. P. II. Exerc. XXVII. Thes. 51. et *Pet.* MÜLLER ad Eundem not. *δ*. *Sam.* STRYK Us. mod. Pand. P. I. Lib. XXII. Tit. 1. §. 18. *Jo. a* SANDE Decision. aur. Lib. III. Tit. 14. Def. 6. *Ge.* FRANTZKIUS Variar. Resolution. Lib. II. Resolut. 10. nr. 30—32. *Danckwarth* Diss. cit. de tutore pecunias pupillares in suos usus convertente. pag. 21. *Jo. Ad. Th.* KIND Quaestion. for. Tom. II. Cap. 56. in fin. pag. 304. *Conr. Jul. Hieron.* TUCKERMANN Commentat. de tutore ad praestandas usurarum usuras haud obligato. *Goetting.* 1789. *Christ. Gottl.* HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris Tom. I. Lib. I. Tit. IV. Th. 10. not. t. pag. 207. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 1. B. Medit. XXXI. und *Car. Frid.* WALCH Introd. in controvers. iur. civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 24.

87) *L.* 29. *D. de Usuris.* *L.* 28. *C. eodem.* (IV. 32.) *L.* 20. *C. Ex quibus causis infam. irrogat.* (II. 12.) Reichsabsch. v. 1577. Tit. 17. §. 1 u. 6.

des keine Hypothek habe, wenn sie ihm nicht ausdrücklich constituirt worden ist [88]. Er brauche also eben so wenig, wie ein debitor extraneus, Zinsen von Zinsen zu bezahlen. Diese Gründe suchen jedoch diejenigen, welche die erste Meinung behaupten, auf folgende Art zu beseitigen. Sie sagen, es sey ganz richtig, daß der Vormund, wenn er Pupillengelder auf eine rechtmäßige Art, gegen Verzinsung, aufnimmt, wie ein fremder Schuldner zu betrachten sey. Allein da ein Mensch juristisch mehrere Personen vorstellen kann; so sey es auch hier beym Vormunde. Als Schuldner des Mündels zahle er einfache Zinsen, so wie sie versprochen worden sind; allein als Vormund vertrete er zugleich die Person des Pupillen, als des Gläubigers. Als Vormund hätte er sich also selbst antreiben sollen, die schuldigen Zinsen zu gehöriger Zeit zur Kasse des Mündels zu bezahlen, und in Rechnung zu bringen. Hat er nun also in der Eigenschaft des Vormundes gegen sich selbst als Schuldner etwas versehen, so müsse er dafür als Vormund büßen, er müsse also als Vormund von den Zinsen, die er als Schuldner dem Mündel hätte zahlen sollen, von Rechts wegen wieder Zinsen bezahlen. Auf solche Art könne also das Verbot des Anatocismus hier keine Anwendung finden, welches überhaupt nicht Statt finde, wenn ein Dritter von dem, was ein Vierter schuldig ist, Zinsen erlegt [89].

Mir scheint, wenn ich meine Meinung offenherzig

88) S. *Aug. a* Leyser Meditatt. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXXVI. medit. 10. et Vol. V. Spec. CCCXXXIV. med. 4.

89) *L.* 7. §. 12. *L.* 9. §. 4. *D. h. t.* Mevius P. VI. Decis. 328. und P. VIII. Decis. 249.

sagen soll, dieses Raisonnement zu subtil zu seyn, um das Verbot des Anatocismus aus dem Wege zu räumen. Justinian[90]) sagt ganz allgemein:

Cum enim iam constituimus, *usurarum usuras penitus esse delendas*, nullum casum relinquimus, ex quo *huiusmodi machinatio* possit induci.

Soviel ist gewiß, ausdrückliche Gesetze, die den Vormund verpflichten, Zinsen von Zinsen zu bezahlen, giebt es nicht. Denn sonst hätte man sie angeführt, und die ganze Argumentation wäre überflüßig gewesen. Die Gesetze sagen sogar das Gegentheil. In der *L.* 7. §. 5. *D. h. t.* sagt Ulpian:

Vertisse *in suos usus* non accipimus eum, qui debitor patris pupilli fuit, deinde ipse sibi non solvit: *hic enim eas usuras praestabit, quas patri promiserat.*

Eben dieser Ulpian sagt *L.* 9. §. 4. *D. eodem.*

Sed si sub usuris gravioribus patri pupilli pecuniam debuit, quam sint pupillares, videndum est, an ei aliquid imputetur? Et si quidem solvit, nihil est, quod ei imputetur: potuit enim solvere, nec onerare se usuris: si vero non solvit, *usuras cogendus est agnoscere, quas a se exigere debuit.*

Wo steht in diesen Gesetzen nur ein Wort von usuris usurarum, welche zu berühren Ulpian gewiß nicht vergessen haben würde, wenn der Vormund solche zu bezahlen wirklich verbunden wäre? Sodann ist noch erst näher zu erweisen, daß der Vormund, wenn er die Zinsen

90) *L.* 3. *C. de usuris rei iudicatae.* (VII. 54.)

von einem dritten Schuldner des Pupillen einzutreiben verabsäumt, Zinsen davon zu bezahlen verpflichtet sey. Er steht nur für die Gefahr, wenn die Zinsen wegen der unterdessen eingetretenen Insolvenz des Schuldners verloren gehen [91]); allein daß er von diesen Zinsen auch noch Zinsen bezahlen müsse, sagt kein einziges Gesetz, obschon hier die Person des Schuldners wirklich verändert wäre. Die gewöhnlich für die Verzinsung der Zinsen angeführten Gesetze, *L.* 7. §. 12. *L.* 9. §. 3. *et* 4. *D. h. t. L.* 3. *C. In quib. causis restitut. in int. necessaria non est*, (II. 41.) und L. 2. *C. de usuris pupillar.* (V. 56.) beweisen nichts, denn sie gedenken dieser Zinsen mit keinem Worte [92]). Es würde auch eine solche Härte gegen den Vormund wider alle Billigkeit streiten.

§. 1336.

Verhältniß mehrerer Vormünder; 1) in Absicht auf die Geschäftsverwaltung a) bey ungetheilter Vormundschaft.

Hat ein Pupill mehrere Vormünder, sie seyen nun entweder im Testament ernannt, oder vom Gesetz berufen, oder von der Obrigkeit bestellt; so entsteht die Frage, in welchem Verhältniß sie gegen einander, und gegen den Pflegbefohlnen stehen [93])? Es sind hier folgende Fälle zu unter-

91) *L.* 15. *D. h. t.* *L.* 95. §. 10. *D. de solution.*

92) S. Tuckermann cit. Diss. §. 12—16. Man sehe auch Klübers kleine jurist. Bibliothek. 5. Band. S. 58 f.

93) S. *Hug.* Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XV. Cap. 18. §. 9 et 10. (Vol. IX. pag. 164. edit. *Bucher.* Norimbergae 1826) und *Dan. Eberh.* Lobehr Diss. de iuribus et obligationibus contutorum. *Lipsiae* 1795.

scheiden. Sie sind nämlich entweder alle gerirende Vormünder, oder nicht. Im ersten Falle verwalten sie entweder die Vormundschaft gemeinschaftlich, oder die Verwaltung ist unter sie getheilt. Ist das Erstere, so werden sie im eigentlichen Sinne Mitvormünder, *contutores* genennt[94]). Bey diesen war

I. in Absicht auf den Geschäftskreis vor Justinian ein Unterschied, ob die mehreren Vormünder in Folge testamentarischer, oder obrigkeitlicher Anordnung, und zwar letztere *ex inquisitione*, zu derselben Vormundschaft im Ganzen berufen waren; oder ob es legitimi tutores, oder *sine inquisitione* dati waren. In den letztern beyden Fällen war erforderlich, daß alle Vormünder bey der Verwaltung, und zu jedem Acte concurriren mußten[95]). In den beyden ersteren aber konnte auch jeder Vormund allein gültig handeln[96]). Nur bey gerichtlichen Rechtsstreitigkeiten scheint es auf diesen Unterschied nicht angekommen zu seyn, weil mehrere nicht zugleich vor Gericht handeln können. Es wird sich dieses alles aus folgenden Beweisstellen ergeben.

94) S. den 29. Th. dieses Commentars §. 1304. S. 176. und Mühlenbruch Doctr. Pandectar. Tom. II. §. 333.

95) Hieher gehört auch die Stelle aus des Cicero *Orat. pro Flacco*, cap. 34. Nihil potest de tutela legitima *sine omnium tutorum auctoritate* deminui.

96) S. *Jac.* Cujacii Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. 59. libri V. de auctoritate praest. *Jo. Jac.* Wissenbach in librr. VII. priorr. Cod. Commentat. ad L. ult. de auct. praest. pag. 493. und *Hub.* Giphanius Explanat. diffic. et celebr. LL. Cod. ad L. 2. C. de divid. tut. pag. 469.

Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 26. Si plures sunt tutores, *omnes in omni re debent auctoritatem accommodare*, praeter eos, qui testamento dati sunt, nam ex his *vel unius auctoritas* sufficit.

L. 24. §. 1. *D. de administratione et peric. tut. et curat.* Paulus *libro IX. ad Edictum.* Si duobus simul tutela gerenda permissa est, vel a parente, vel a contutoribus, vel a magistratibus; benigne accipiendum est, *etiam uni agere permissum*, quia duo simul agere non possunt.

L. 3. *pr. D. h. t.* Ulpianus *libro XXXV. ad Edictum.* Si plures curatores dati sunt, Pomponius *libro sexagesimo octavo ad Edictum* scripsit, ratum haberi debere, etiam quod *per unum* gestum est. Nam et in furiosi curatoribus, ne utilitates furiosi impediantur, Praetor uni eorum curationem decernet, ratumque habebit, quod per eum *sine dolo malo* gestum est.

L. 4. *pr. D. de auctorit. et consens. tutor et curat.* Pomponius *libro XVII. ad Sabinum.* Etsi pluribus datis tutoribus, *unius auctoritas sufficiat*, tamen, si tutor auctor erit, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a Praetore haberi non debet.

L. 5. *pr. D. eod.* Ulpian. *libro XL. ad Sabinum.* Pupillus obligari tutori eo auctore non potest. Plane si plures sint tutores, *quorum unius auctoritas sufficiat*, dicendum est, *altero auctore*, pupillum ei posse obligari.

L. 7. §. 1. *D. eodem.* Ulp. *eod.* Si duo rei sint stipulandi, et alter, me auctore, a pupillo sti-

puletur, alter altero tutore auctore, dicendum est, stipulationem valere, sic tamen, *si auctoritas tutoris unius sufficiat:* ceterum si non sufficiat, dicendum erit, inutilem esse stipulationem.

L. 1. Cod. Si ex pluribus tutoribus vel curatorib. (V. 40.) Imp. ANTONINUS A. Cassio militi. Ab uno ex tutoribus, vel curatoribus causam posse minorum defendi, cum alii tutores, vel curatores eam defendere noluerint, ignorare non debes.

Allein Justinian hat diesen Unterschied aufgehoben. Nach dem neuern Röm. Rechte kann jeder, auch bey den tutoribus legitimis, in der Regel allein gültig handeln, wie aus folgender Constitution erhellet.

L. ult. Cod. de auctoritate praestanda. (V. 59.) Imp. JUSTINIANUS A. Joanni P. P. Veterem dubitationem amputantes, per quam testamentarii quidem vel per inquisitionem dati tutoris et unius auctoritas sufficiebat, licet plures fuerant, non tamen diversis regionibus destinati, legitimi autem, vel simpliciter dati omnes consentire compellebantur: sancimus, *si plures tutores fuerint ordinati, sive in testamento paterno, sive ex lege vocati, sive a iudice, vel ex inquisitione, vel simpliciter dati, unius tutoris auctoritatem pro omnibus tutoribus sufficere, ubi non divisa est administratio, vel pro regionibus, vel pro substantiae partibus:* ibi etenim necesse est singulos pro suis partibus vel regionibus auctoritatem pupillo praestare: quia in hoc casu non absimiles esse testamentariis, et per inquisitionem datis legitimos, et simpliciter datos iube-

mus, eo quod fideiussionis onere praegravantur, et subsidiariae actionis adminiculum speratur.

Aus dieser Constitution erscheint zwar, daß die Frage, ob bey mehreren zugleich bestellten Vormündern alle zu jedem Geschäfte des Mündels concurriren, und ihre Einwilligung geben müssen, unter den alten Röm. Juristen streitig gewesen sey; aus den angeführten Stellen der Röm. Juristen ist jedoch von einem solchen Streite nichts zu ersehen. Wenn nun aber gleich durch diese Constitution in Absicht auf die auctoritatis praestatio der Unterschied unter Mitvormündern aufgehoben worden; so ist denn doch in anderer Hinsicht, wie Justinian selbst bemerkt, ein wichtiger Unterschied geblieben, nämlich 1) in Rücksicht der Satisdation, zu welcher zwar legitimi tutores und dati sine inquisitione, nicht aber testamentarii und dati ex inquisitione verbunden sind; 2) in Absicht auf die *subsidiaria actio*, welche nur bey legitimis tutoribus; und solchen Vormündern, qui dati sunt sine inquisitione, nicht bey den beyden andern Statt findet [97]).

Jedoch ist dieses neue Recht nur mit der Einschränkung zu verstehen, wenn das Geschäft kein solches ist, welches die Aufhebung der Tutel selbst zur Folge hat, z. B. wenn sich der Pupill will arrogiren lassen. Hierzu müssen alle Vormünder ihre Zustimmung geben, wie aus den letztern Worten unserer Constitution erhellet.

Sed haec omnia ita accipienda sunt, *si non res, quae agitur, solutionem faciat ipsius tutelae;*

97) S. *Fr.* Ragueli Commentar. ad constitution. et decision. Justiniani ad L. ult. C. de auct. praest. pag. 375.

utputa, si pupillus in arrogationem se dare desiderat. Etenim absurdum est, solvi tutelam non consentiente, sed forsan ignorante eo, qui tutor fuerat ordinatus. *Tunc etenim, sive testamentarii, sive per inquisitionem dati, sive legitimi, sive simpliciter creati sunt, necesse est omnes suam auctoritatem praestare:* ut quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur. Quae omnia simili modo et *in curatoribus* observari oportet.

Nach den Schlußworten geht also die Constitution nicht blos auf Tutoren, sondern auch auf Curatoren; es scheint jedoch damit das ältere Recht in so fern nicht aufgehoben zu seyn, als nach demselben bey dem Geschäft des Mündels nur dann die Zustimmung des Einen genügte, wenn der andere Vormund keinen Widerspruch einlegte, denn dadurch konnte er die rechtliche Wirksamkeit der ganzen Handlung verhindern. Widersprach der Mitvormund nicht ausdrücklich; so wurde desselben Einwilligung angenommen. Hierher gehört die *L.* 7. §. 3. *D. de curatoribus furioso et aliis.* (XXVII. 10.) wo Julianus, aus dessen *libro XXI. Digestor.* dieses Fragment genommen ist, sagt:

Quaesitum est, an alteri ex curatoribus furiosi recte solvatur, vel an unus rem furiosi recte alienare possit? Respondi: recte solvi. Eum quoque, qui ab altero ex curatoribus fundum furiosi legitime mercaretur, usucapturum, quia solutio, venditio, traditio facti magis, quam iuris sunt. Ideoque sufficit unius ex curatoribus persona, quia intelligitur alter consentire: *denique si praesens sit, et vetet*

solvi, vetet venire, vel tradi, neque debitor liberabitur, neque emtor usucapiet.

Zwar spricht dieses Gesetz nur von der cura legitima über den furiosus, und es könnte daher zweifelhaft zu seyn scheinen, ob dieses auch auf alle übrigen Fälle der Vormundschaft ausgedehnt werden könne? Ich glaube aber, man kann dieses ohne alles Bedenken behaupten, weil gar kein Grund abzusehen ist, warum dieß nur bey der cura legitima furiosi so seyn sollte. Daß dieses vielmehr in allen übrigen Fällen der Vormundschaft Rechtens gewesen sey, erhellet ganz deutlich aus dem Grunde des Gesetzes: *quia intelligitur alter consentire.* Nun läßt sich ja eine stillschweigende Einwilligung nur dann annehmen, wenn nicht widersprochen wird[98]). Doch wäre freylich in einem solchen Falle des Widerspruchs dem Vormund anzurathen, sich in Fällen von Wichtigkeit an den Richter zu wenden. Was hier von der bloßen Gestion gilt, kann indessen auf keinen Fall auf die auctoritas des Tutors bezogen werden[99]).

Noch eine Ausnahme enthält das ältere Recht, welche auch durch das neuere nicht aufgehoben zu seyn scheint; nämlich wenn der Vater im Testamente die Verwaltung

98) Mit mir stimmt hierin auch von Wening-Ingenheim im Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. §. 412. S. 105. der 3. Aufl. überein, obwohl H. von Löhr in den kurzen Bemerkungen zur Lehre von der Vormundschaft. Anmerk. 5. (im Archiv für die civilist. Praxis, herausgegeb. von H. von Löhr, Mittermaier und Thibaut. 11. B. Nr. I. S. 14.) anderer Meinung ist.

99) S. von Löhr in den angef. Bemerkungen. Nr. 5 S. 14.

der Geschäfte an die Zustimmung eines bestimmten Vormundes gebunden hat. Hier kann dieselbe nicht umgangen werden, wenn das Geschäft gelten soll. Diesen Fall hat Scävola *libro II. Responsorum*, woraus die *L.* 47. *pr. D. h. t.* genommen ist.

Titium et Maevium tutores quis dedit, et cavit ita: Βούλομαι, καὶ παρακαλῶ, πάντα γίνεσθαι μετὰ τῆς Μαιβίου τοῦ ἀδελφοῦ μου γνώμης· καὶ δίχα αὐτοῦ τὸ γινόμενον ἄκυρον ἔστω. (i. e. *Volo et rogo, omnia fieri cum Maevii fratris mei consilio, et quod sine eo gestum erit, irritum esto.*) Titius solus a debitoribus exegit. An liberati essent, quaeritur [100])? Respondi, si et administrationem Maevio dedisset, non recte solutum.

§. 1336. a.

2) In Rücksicht der Verantwortlichkeit.

II) In Absicht auf die Verantwortlichkeit tritt bey ungetheilter Vormundschaft der Grundsatz ein, die mehreren Vormünder haften in solidum, d. h. der Pflegbefohlne kann einen derselben, wen er will, auf das Ganze belangen, sie mögen alle verwaltet haben, oder nicht [1]).

100) In den florentinischen Pandecten fehlt zwar das Wort quaeritur; es steht aber bey Haloander, Baudoza, Merlinus, Miräus u. m. a. auch in der neuesten Ausgabe von Beck. Ueber die Gesetzstelle selbst vergleiche man *Jac.* Cujacii Commentar. in Libr. II. Responsor. Cervidii Scaevolae (*Opp. postumor.* a Fabroto *editor.* Tom. III. pag. 235.)

1) Man vergleiche hier vorzüglich *Jac.* Cujacii Paratitla et *Eiusdem* Recitation. solemn. ad Tit. 52. Libri V. de

L. 55. *pr. D. h. t.* Tryphoninus *libro XIV. Disputationum.* Tres tutores pupillo dati sunt: unus tutelam gessit, et solvendo non est: secundus Titio gerendam mandavit, et Titius quaedam administravit: tertius nihil omnino gessit. Quaesitum est, quatenus quisque eorum teneatur? *Et tutorum quidem periculum commune est in administratione tutelae, et in solidum universi teneantur*[2]).

Für gerirend wird also hier auch derjenige Vormund gehalten, der einem Andern die Verwaltung aufgetragen hat, so wie auch der, welcher sich von dem Contutor hat Caution leisten lassen, und ihm die Verwaltung überlassen hat. Ein solcher non gerens kann sich nicht auf die Constitutionen berufen, welche verordnen, daß der gerirende zuerst belangt werden soll. Denn dieser ist hier nur als ein Bevollmächtigter von jenem anzusehen.

L. 55. §. 2. *D. eodem.* Non solum ergo *gessisse tutelam* is creditur, qui alii gerendam mandavit, sed et qui satis a contutore accepit, rem salvam pupillo futuram, eique permisit administrationem totius tutelae: nec potest se defendere constitutionibus, quae iubent, ante conveniri eum, qui gessit.

dividenda tutela; auch *Ejusdem* Commentar. in Libr. II. Quaestion. Papin. ad L. ult. D. de quib. reb. ad eund. iud. eat. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 33 sqq.)

2) Man sehe über diese Gesetzstelle *Bav.* Voorda Thes. controv. Dec. XXIV. §. 6. et Dec. XIX. §. 6.

nun die Kaiser Severus und Antoninus an den Sergius Julianus, wie aus der daraus genommenen *L.* 31. *D. h. t.* erhellet.

Forma [6]), qua singuli tutores, prout quisque gessit tutelam, nonnunquam in solidum tenentur, duntaxat *intra pubertatis tempora* locum habet, non etiam si *post pubertatem* administraverint.

Diese Wohlthat kommt auch den übrigen Mitvormündern, welche solvent sind, noch dann zu statten, wenn auch einer für insolvent befunden worden. Die übrigen werden belangt, soweit jeder derselben solvent ist, wie Ulpian sagt *L.* 1. §. 12. *D. de tutelae et rationibus distrahend.*

Sed et si non omnes solvendo sint, inter eos, *qui solvendo sunt*, dividitur actio: sed prout quisque solvendo est, poterunt conveniri.

Die Wohlthat der Theilung fällt jedoch weg, a) wenn demjenigen Vormunde, der auf das Ganze belangt worden, zur Last fällt, daß er den insolventen Vormund nicht in Zeiten als suspect angeklagt, und auf dessen Remotion gedrungen hat. Hierher gehört die merkwürdige Stelle aus des Papinianus *libro XII. Quaestionum*, welche *L. ult. D. Rem pup. vel adolesc. salvam fore* also lautet.

6) Das Wort forma, oder wie es *L. ult. D. Rem pupilli vel adolesc. salvam fore* heißt, forma iuris, bedeutet hier soviel, als Recht, Rechtsverordnung. In dieser Bedeutung kommt das Wort forma auch *L. un. Cod. de vendition. rer. fiscal. cum privat. commun.* (X. 4.) vor. S. *Jo. Ortw.* Westenberg Divus Marcus. Diss. XXII. §. 13. (*Oper. a* Jungio *editor.* Tom. III. *pag.* 238.) und Pothier Pandect. Justinian. Tom. II. Lib. XXVII. Tit. 3. Nr. IX. not. k. pag. 141.

Si plures fideiussores a tutore pupillo dati sunt, non esse eum distringendum, sed in unum dandam actionem, ita ut ei, qui conveniretur, actiones praestarentur. Nec quisquam putaverit ab iure discessum, postquam pro ea parte placuit, tutores condemnari, quam administraverunt, *et ita demum in solidum, si res a ceteris non servetur, et* [7] *idonea culpa* [8] *detegatur, quod suspectum* [9] *facere*

7) Statt et lesen Haloander und Miräus *aut*, welches auch wohl hier diesen Sinn haben soll.

8) Die florentinische Lesart *idonea culpa*, die wir auch bey Haloander und Miräus, so wie in der neuesten Ausgabe von Beck finden, giebt keinen richtigen Sinn, und scheint daher fehlerhaft zu seyn. Baudoza und Merlin lesen dafür, et *ideo in eo* culpa detegatur. *Claud.* Chevallonius: et *ideo si in ea* culpa detegatur. Die Handschriften der Glosse müssen *et ideo in eo* gelesen haben. Accursius versteht die Worte *in eo* vom Tutor. Doch wird auch noch eine andere Erklärung von ihm angegeben, wenn man nämlich *in ea culpa* liest, so daß nun der Sinn sey: et ideo tutor *in ea culpa* detegatur, quod etc. Rüssard und Charondas wollen aber dennoch die florentinische Lesart für die richtigere halten. Man müßte etwa mit Brissonius voc. *Idoneus* nr. 3. pag. 564. die *idonea culpa* von einer sufficiens culpa verstehen. Dennoch scheint mir die Lesart unrichtig zu seyn. Am sichersten geht man wohl, wenn man mit Cujacius in Commentar. in Libr. XII. Quaestion. Papiniani ad h. L. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 530.) und in Observation. Libr. VIII. Cap. 30. statt idonea culpa vielmehr *idonei* sc. tutoris culpa liest. Diese Lesart hat auch die Auctorität der Griechen für sich. In den *Basilic.* Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 11. Const. 12. pag. 177. heißt es: Τῶν μέντοι ἐπι-

supersederit: nam aequitas arbitri [10]) atque officium viri boni videtur eam formam iuris desiderasse.

b) Wenn die übrigen Vormünder zur Zeit der erhobenen Klage nicht solvent sind. Hier haftet der in Anspruch genommene Zahlungsfähige auch für den Mitvormund, und muß, wenn er denselben als suspect anzuklagen, und auf dessen Remotion zu dringen unterließ, das Ganze auch sogar mit Zinsen bezahlen, wie aus folgenden Gesetzstellen hervorgeht.

L. 2. *D. de quibus rebus ad eundem iudicem eat.* (XI. 2.) Papinianus *libro II. Quaestionum.* Cum ex pluribus tutoribus unus, quod ceteri non sunt idonei, convenitur, postulante eo, omnes ad eundem iudicem mittuntur, et hoc rescriptis principum continetur.

L. 38. §. 1. *D. h. t.* Papinian. *libro XII. Quaestionum.* Si quidam ex his idonei non sint, onera-

τρόπων ἕκαστος καθ' ὅσον ἐχείρισεν, ἐνέχεται. εἰ μὴ τινες αὐτῶν εὑρεθῶσιν ἄποροι, καὶ οἱ εὔποροι ἐρραθύμησαν αὐτοὺς ὡς ὑπόπτους ἀποκινῆσαι· τότε γὰρ εἰς ὁλόκληρον ἐνέχονται. i. e. *Tutorum autem singuli pro modo eius, quod gesserunt, tenentur, nisi eorum quidam solvendo non sint, qui* idoneorum *culpa ut suspecti remoti non sunt: tunc enim in solidum tenentur.* Unter *idoneus tutor* ist nun aber ein solcher zu verstehen, welcher solvent ist, und daher für den insolventen Collegen mitzahlen muß, weil er ihn suspect zu machen unterließ. S. Brissonius c. l. nr. 1.

9) Miräus bemerkt hier, die florentinische Handschrift lese *suspensum* facere. Allein Taurellius hat suspectum.

10) Statt arbitri lesen Haloander und mehrere andere, auch Beck *arbitrii.* Der Sinn ist aber der nämliche.

buntur sine dubio ceteri: nec inique, cum singulorum contumacia pupillo damnum in solidum dederit.

L. 7. §. 14. *D. h. t.* Ulpianus *libro XXXV. ad Edictum.* Si tutor pro contutore condemnetur, an etiam in usuras condemnandus sit, quaeritur? Et placet, ut multis rescriptis continetur, et Papinianus *libro duodecimo Quaestionum* ait, *etiam in usuras eum condemnandum, si suspectum facere supersedit:* et quidem eas demum usuras cogendum praestare, quas etiam suae administrationis cogitur.

L. 2. *C. de usuris pupillarib.* (V. 56.) Imp. Alexander A. Ampliato. Eius, quod ex causa tutelae debetur, usuras praestari oportere, dubium non est, quamvis aliis pro participe muneris necessitas solutionis irrogetur: quia non id alias contingit, quam si cessatio contutoris in suspecto faciendo imputari possit.

Hat der Pupill nicht einen allein auf das Ganze, sondern alle seine Vormünder zugleich belangt, und sie sind alle in einer Sentenz schlechthin zum Schadensersatz verurtheilt worden; so bewirkt schon das richterliche Erkenntniß eine Theilung, dergestalt, daß das richterliche Judicat nur in die Güter eines jeden einzelnen pro portione virili vollstreckt werden kann, ohne auf Correalverbindlichkeit derselben weiter Rücksicht zu nehmen; welches denn die Folge hat, daß dasjenige, was von dem Einen nicht erhalten werden konnte, von den übrigen nicht gefordert werden kann[11]. In einer besonders hierher gehörigen Verordnung des Kai-

11) *L.* 43. *D. de re iudicata* (XLII. 1.) *L.* 10. §. 3. *D. de appellationib.* (XLIX. 1.) *L.* 1. *C. Si plures una*

sers Gordianus, *L. 2. C. Si plures una sententia condemnati sunt* (Lib. VII. 55.) heißt es:

Quoties a tutoribus singulis procuratoribus datis, sequitur in omnium persona condemnatio: *periculum sententiae videtur esse divisum:* ideoque quod ab uno servari non poterit, a ceteris exigi non posse, explorati iuris est.

Ist jedoch der eine Vormund, wegen der Insolvenz des andern zur Bezahlung des Ganzen verurtheilt worden; so kann er von dem Pupillen verlangen, daß ihm die actio tutelae gegen den Mitvormund cedirt werde. So rescribirten die Kaiser Carinus und Numerianus an den Primigenius *L. 2. C. de dividenda tutela* (V. 52).

Si divisio administrationis inter tutores sive curatores, in eodem loco seu provincia constitutos, facta necdum fuerit: licentiam habet adolescens et unum eorum eligere, et totum debitum exigere: *cessione videlicet ab eo adversus ceteros tutores seu curatores actionum ei competentium facienda.*

Und Ulpian sagt *L. 1. §. 18. D. de tut. et ration. distrah.* (aus dessen *libro XXXVI. ad Edictum*).

Non tantum ante condemnationem, sed etiam post condemnationem desiderare tutor potest, man-

sentent. (VII. 55.) S. *Jac.* Cujacius ad L. ult. Dig. de quibus reb. ad eund. iudic. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 33.) *Hugo* Donellus ad L. 43. D. de re iudic. in Commentar. de iure civ. Lib. XXVII. pag. 1420. (*edit. Francof.* 1626. f.) *Jo. Jac.* Wissenbach Commentation. in libros VII. priorr. Cod. ad L. 1. et 2. Cod. Si plures una sententia pag. 735. sq.

dari sibi actiones adversus contutorem, pro quo condemnatus est.

Der Vormund kann nun gegen den Mitvormund als procurator in rem suam klagen [12]). Da jedoch eine durch Zahlung getilgte Schuld nicht mehr abgetreten werden kann, so muß die Cession der Klage noch vor der Zahlung, wenn auch erst nach der Verurtheilung, geschehen [13]). Denn eine erst nach der Zahlung erfolgte Abtretung ist schlechterdings nichtig; es findet daher auch gegen den Pupillen keine Klage mehr Statt, um eine Cession zu erhalten, wie aus folgenden Gesetzstellen zu ersehen ist.

L. 76. *D. de Solutionib.* (XLVI. 3.) Modestinus *libro VI. Responsorum.* Modestinus respondit, si post solutum sine ullo pacto omne, *quod ex causa tutelae debebatur*, actiones post aliquod intervallum cessae sint: *nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit:* quod si ante solutionem hoc factum est, vel cum convenisset, ut mandarentur actiones, tunc solutio facta esset, et mandatum subsecutum est, salvas esse mandatas actiones, quum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum, quam actio, quae fuit, peremta videatur.

L. 21. *D. de tutelae et rationib. distrahend.* Papinianus *libro I. Definitionum.* Cum pupillus tutelae actione contra tutorem alterum tutori, quem

12) *L.* 2. §. *ult. D. Famil. ercisc. L.* 42. *D. h. t.*

13) S. *Ant.* Faber Conjecturar. iuris civ. Lib. XI. Cap. 9. Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 59. Nr. III. S. 435. ff. (der 2. verb. Aufl. Greifswald 1826.)

iudex in solidum condemnavit, cessit, quamvis postea iudicatum fiat, tamen actio data non intercidit, quia pro parte condemnati tutoris [14]) non tutela reddita, sed nominis pretium solutum videtur.

14) Daß die Lesart *condemnati* tutoris, ohnerachtet man sie in allen, sowohl glossirten als nicht glossirten Ausgaben, auch in der neuesten von Beck findet, unrichtig sey, bemerkte schon die Glosse, und suchte durch Punctation zu helfen. *Jac.* CUJACIUS in Comment. in Libr. I. Definition. Papiniani ad h. L. (*Opp. postum. a* FABROTO editor. Tom. I. pag. 636.) sagt, es sey sonnenklar, daß man lesen müsse: *quia pro parte* NON CONDEMNATI tutoris, etc. *Ant.* FABER Coniecturar. iuris civ. Lib. XI. Cap. 10. pag. 353. (*Aurelian. Allobrog.* 1609. f.) zweifelt auch nicht daran, daß hier die Negation ergänzt, und pro parte *non condemnati* gelesen werden müsse. Der Emendation des Cujaz giebt auch *Siegm. Reichard* JAUCHIUS Meditation. crit. de negationib. Pand. Florent. Cap. XVI. 13. vollen Beyfall. Allein *Jo. Gotfr.* SAMMET Receptar. Lection. ad Jauchium Disp. II. Cap. 13. (*Opuscul.* pag. 150.) hält eine solche Emendation für unnöthig. Er meint, Papinian habe den tutor *condemnatus*, für condemnandus genommen; ut cingendus et hic pro cincto habeatur, wovon *Jac.* VOORDA Interpretation. et Emendat. iuris Rom. Cap. 32. (Lib. II. cap. 9.) mehrere Beyspiele gebe. Die *Basilica* verlassen uns hier. Lib. XXXVIII. Tit. 3. Const. 21. (Tom. V. *Fabroti* pag. 69.) wird der Entscheidungsgrund gar nicht angeführt. Der griechische Scholiast Cyrillus Sch. r. pag. 85. führt ihn zwar an, aber nicht vollständig. Es heißt daselbst: δοκεῖ γὰρ εἰς ἥμισυ τοῦ χρέους ὡς τίμημα τῆς ἀγωγῆς καταβαλλεῖν τῆς εκχωρηθείσης αυτῷ κατὰ τοῦ συνεπιτρόπου. i. e. *videtur enim pro parte debiti nominis pretium solvisse, cessa ei in contutorem actione.* Die

L. 1. *C. de contrario iud. tutelae.* (V. 58.) Impp. SEVERUS *et* ANTONINUS AA. Stratoni. Si pro contutore iudicato pecuniam solvisti: nullum iudicium tibi contra pupillum competit, ut delegetur tibi adversus liberatum actio. Quod si nomen emisti: in rem suam [15]) procurator datus heredes iudicati poteris convenire.

bescheidenste Critik ist wohl die des *Bav.* VOORDA Thes. controv. Dec. XXV. §. 2. welcher statt *condemnati* liest non damnati. Diese verdient daher gewiß vor allen den Vorzug. Man s. auch *Nic.* SMALLENBURG ad *Schultingii* Notas ad Dig. Tom. IV. pag. 482. Der Sinn dieser Stelle ist also, wenn einer von den Vormündern, dem Pupillen das Ganze zu bezahlen, verurtheilt worden ist, und der Pupill hat ihm die Klage gegen den Mitvormund abgetreten, so ist die Cession gültig, und die einmal abgetretene Klage (*actio data* i. e. actio cessa, Schol. *Basilic.* ἡ ἐκχωρηθεῖσα αὐτῷ ἀγωγὴ) erlischt nicht, wenn auch gleich nachher der verurtheilte Vormund dem Pupillen das Ganze bezahlt hat, also auch das, was der andere Vormund aus der Verwaltung der Vormundschaft schuldig war. Der Mitvormund wird dadurch nicht liberirt, weil man annimmt, der Vormund habe nicht sowohl ex causa tutelae für ihn bezahlt, sondern vielmehr dem Pupillen die Forderung abgekauft, die dieser an den Mitvormund hatte, ἀγοράζειν γὰρ αὐτὰς δοκεῖ, sagt der griechische Scholiast: quia emisse eas sc. actiones, videtur. Man vergleiche hiermit *L.* 5. §. *ult. D. Quib. mod. pign. vel hyp. solvit. L.* 76. *D. de solution. L.* 36. *D. de fideiussor.* und sehe auch POTHIER Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXVII. Tit. 3. Nr. XVI. not. c. pag. 143.

15) Vielleicht in rem *tuam*, wie auch POTHIER Pandect. Justinian. Tom. II. Tit. de tut. et ration. distrah. Nr. XVI. not. d. pag. 143. bemerkt.

Hat der Pupill, nachdem er die Mündigkeit erreicht hat, dem insolventen Vormunde, gegen den die Cession der Klage hätte verlangt werden können, die Schuld erlassen; so wird dieß eben so angesehen, als hätte dieser dem Pupillen seinen Antheil bezahlt. So wie daher, wenn alle Vormünder solvent sind, Theilung der Klage Statt findet; so muß hier diese Wohlthat dem zahlungsfähigen Vormunde um so mehr zu statten kommen, weil es unbillig wäre, wenn dieser für den insolventen Vormund mit bezahlen sollte, gegen den ihm der Pupill keine Klage mehr cediren kann. Dieß ist, was Paulus *libro XIV. Quaestionum* sagt, woraus die *L.* 45. *D. h. t.* genommen ist.

Si pupillus alterum ex tutoribus post pubertatem liberasset, improbe alterum illius nomine conabitur interpellare. Idemque dicemus in duobus magistratibus collegis, quorum alterum respublica convenit [16]). Sed haec in magistratibus tractavi, quasi duo rei eiusdem debiti essent omnimodo, quod non ita est [17]): nam si uterque idoneus est,

16) Dieß ist von Municipalbeamten zu verstehen, nämlich von Duumvirn, von denen die Stadt den einen aus einer gemeinschaftlichen Amtsverwaltung belangt, den andern aber ihres Anspruchs entlassen hat. Hier ist der in Anspruch genommene für den Collegen zu bezahlen nicht schuldig, sondern er kann nur zu seinem Theile verurtheilt werden.

17) Die magistratus und tutores werden zwar einander in Ansehung der Verantwortlichkeit gleichgesetzt; allein nicht immer findet diese Gleichstellung statt, wie hier Paulus zu verstehen giebt. Mehrere Vormünder werden als correi debendi angesehen, dem Pupillen steht also die Wahl zu, wen er in Anspruch nehmen will, quia ipso

electio locum non habet. Is autem qui *tempore* [18]) liberatus est, non ei similis est, qui nihil habet:

iure singuli tenentur in solidum. Allein nicht so Municipalbeamte. Bey diesen findet keine Wahl, also keine actio in solidum Statt, wenn sie noch alle solvent sind, sondern die Stadt kann nur gegen jeden einzelnen pro virili parte, oder pro rata administrationis klagen.

18) Accursius versteht dieses *tempore* von einem Zeitraum von 30 Jahren, wo die actio tutelae erloschen ist. Allein davon ist ja hier gar keine Rede. Der Pupill hat den insolventen Vormund die Schuld erlassen, dieß konnte durch ein pactum de non petendo, oder durch Acceptilation geschehen seyn. Cujacius in Comment. in Libr. XIV. Quaestion. Pauli ad h. L. 45. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. II. pag. 1162.) hält daher das Wort *tempore* hier für ganz überflüssig, und glaubt, es sey geradezu wegzustreichen. Ihm stimmt auch Pothier Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXVII. Tit. 3. Nr. XV. not. a. pag. 143. bey. Sinnreich ist die Conjectur des Cujaz, es könne das Wort *tempore* vielleicht aus dem folgenden Fragment, wo es gleich in der ersten Zeile heißt, tempore curae, durch einen Irrthum der Abschreiber herübergezogen seyn. Es steht aber doch in allen sowohl glossirten als nicht glossirten, florentinischen und gemeinen Ausgaben. *Ant.* Faber Conjecturar. iuris civ. Lib. XVII. cap. 11. pag. 618. meint daher, es ließe sich doch wohl die Beybehaltung des Worts vertheidigen, wenn man die Stelle so erklärt. Hat der Pupill dem Mitvormunde die Schuld erlassen, so ist dieser gegen die Ansprüche des Pupillen eben so gesichert, als wenn die Klage verjährt wäre. *Nihil siquidem interest*, sagt er, *an liberatus quis sit tempore*, *an pacto*, *cum utroque casu liberatio non inducatur ipso iure*, *sed per exceptionem*, *quia tempus non est modus tollen-*

sed ei, *qui satisfecit*, habet enim, quod obiiciat petitori [19]).

Ist nun aber gleich nach strengem Rechte durch die Zahlung die actio tutelae erloschen, so daß nun die freywillige Cession nicht mehr wirksam erfolgen kann; so ist doch durch den Mangel der Cession das Recht des Vormundes, welcher den Pupillen befriediget hat, gegen den Mitvormund den Regreß zu nehmen, nicht verloren, denn die Gesetze kommen dem Vormunde hier mit einer actio utilis zu Hülfe, mit welcher er seinen Zweck so gut erreicht, als wenn eine ausdrückliche Cession der Klage geschehen wäre. Die Vormünder haben diese Wohlthat den Constitutionen der Kaiser Antoninus Pius, Septimius Severus, und Antoninus Caracalla zu verdanken, wie Ulpian in der aus desselben *libro XXXVI. ad Edictum* genommenen Stelle, der *L.* 1. §. 13. *D. de tut. et ration. distrah.* referirt, wo er sagt:

Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit, vel ex communi gestu, *nec ei mandatae sunt actiones:* constitutum est a *Divo* Pio, et ab Imperatore nostro, et Divo patre eius, *utilem actionem* tutori adversus contutorem dandam.

dae obligationis, sicut nec pactum. L. 44. §. 1. D. de obligat. et actionibus. Allein wie kann man von dem, qui *tempore* liberatus est, sagen, quod satisfecerit? S. Weber's Entwickl. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. § 92. S. 396 f. Es scheint mir also das *tempore* auf keine Weise gerettet werden zu können.

19) Er kann nämlich die exceptio pacti der Klage entgegensetzen.

Ganz damit stimmt auch folgende Constitution des Kaisers Antoninus Caracalla überein.

L. 2. C. de contrario iudicio tutelae. Si non ex propria culpa solus pupillae condemnatus es, sed absens et indefensus acquievisti: cum ex causa iudicati satisfacere coeperis, *actiones adversus contutores tuos mandari tibi a pupilla desiderabis,* vel *utili actione* uteris.

Es fragt sich nun, was dieses für eine actio utilis sey, die actio negotiorum gestorum, oder die actio tutelae utilis? Es giebt hierüber dreyerley Meinungen. Einige [20]) behaupten, die Klage, welche dem Vormunde, der für seinen Mitvormund zahlen mußte, ohne Cession gegen denselben zusteht, sey die actio negotiorum gestorum utilis, weil der Vormund, welcher den von seinem Mitvormunde verursachten Schaden vergütet, streng genommen, nicht das Geschäft des Mitvormundes, sondern zunächst sein eignes besorge. Diese Meinung scheint auch Julian zu begünstigen, welcher in der aus desselben *libro III. Digestorum* genommenen *L.* 30. *D. de negot. gest.* sagt:

Ex facto quaerebatur: quendam ad siliginem [21])

20) *Jac.* Cujacius Paratitl. in libr. V. Tit. 58. de contr. iud. tut. *Ulr.* Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 9. *Ge. Ad.* Struv Synt. iuris civ. Exerc. XXXI. Th. 39. in fin. *Rob. Jos.* Pothier Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXVII. Tit. 3. Nr. XVII. not. e. *Jo. God.* Schaumburg Comp. iuris Dig. Lib. XXVII. Tit. 3. §. 8. in fin. und *Ant. Fried. Just.* Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 539. a. E. (7. *verb. Ausg. Jena* 1828. S. 413.)

21) *Siligo* war eine Art des allerbesten Waitzens, welche Plinius *Histor. Natur.* Lib. XVIII. Cap. 20. tritici de

emendam curatorem decreto ordinis constitutum, eidem alium subcuratorem constitutum siliginem miscendo corrupisse, atque ita pretium siliginis, quae in publicum emta erat, curatori adflictum esse: quaque actione [22]) curator cum sub-

licias, und *Corn.* Celsus *Medicinae* Lib. II. cap. 18. ex tritico firmissimam nennt. S. *Jac.* Cujacii Comment. in libr. III. Digestor. Salvii Juliani ad h. L. 30. (*Opp. postumor. a* Fabroto *editor.* Tom. III. pag. 12.) Um diesen Waitzen für die Stadt zu kaufen, war ein Curator durch ein Decret der Curie ernannt, diesem aber noch ein Subcurator beygegeben worden. Dieser hatte aber den guten Waitzen mit schlechterm vermischt, und dieß hatte die Folge, daß der Curator, der den Waitzen für den besten bezahlt hatte, der Stadt vergüten mußte, um wieviel der Waitzen durch die Vermischung schlechter geworden war, das heißt hier *pretium siliginis*, (nämlich quanto vilior facta esset,) *curatori adflictum esse.* S. Cujacius c. l. Brissonius de Verbor. iur. Significat. Voc. *Affligo.* und Ducker Opuscula de Latinitate ICtor. Vet. pag. 321. not. 5. Ducker meint jedoch, es müsse *inflictum* gelesen werden, denn so könne man nach der Analogie der Redensart: infligi alicui vulnus s. plagam, auch von Einem sagen, infligi alicui pretium, quasi ea poena, ut pretio mulctaretur, d. i. wenn er den Preis vergüten muß. Mehrere alte Ausgaben, z. B. die von Haloander, Chevallon und Baudoza, so wie einige Handschriften lesen auch wirklich inflictum. Doch bemerkt Brenkmann in der Gebauerischen Ausgabe des Corp. J. C., daß die Lesart adflictum esse, welcher auch die Glosse gefolgt ist, bey weitem die gewöhnlichere sey.

22) Statt quaque lesen Haloander, Chevallon, Miräus, und Baudoza richtiger *qua* actione. *Gail.* Ranchinus Variar. Lection. Lib. III. Cap. 2. (in *Thes.*

curatore experiri possit, et consequi id, ut ei salvum esset, quod causa eius damnum cepisset. VALERIUS SEVERUS respondit, *adversus contutorem negotiorum gestorum actionem tutori dandam.* Idem respondit, ut magistratui adversus magistratum eadem actio detur: ita tamen, si non sit conscius fraudis. Secundum quae etiam in subcuratore idem dicendum est.

Andere [23]) hingegen sagen, die actio utilis, mit welcher die angeführten Kaiser in ihren Constitutionen dem

Otton. Tom. V. pag. 949.) glaubt überhaupt, das ganze Fragment sey fehlerhaft, und es müsse, um einen Sinn hineinzubringen, so gelesen werden: *Ex facto quaerebatur, quodam ad siliginem emendam curatore decreto ordinis constituto, cum eidem alius subcurator constitutus siliginem miscendo corrupisset, atque ita pretium siliginis, quae in publicum emta erat, curatori adflictum esset, qua actione curator cum subcuratore experiri possit,* etc.

23) *Ant.* FABER Coniecturar. iuris civ. Lib. XI. Cap. 11. *Hugo* DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. XV. Cap. 20. §. 11. (Vol. IX. pag. 189. edit. *Bucher.*) *Paul.* MONTANUS Tr. de iure tutelar. et curation. Cap. XXXIX. nr. 136. Mühlenbruch Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 44. Nr. 7. S. 461. (der 2. verbess. Aufl. Greifswald 1826.) von Lindelof Aufs. von der actio tutelae utilis des Vormundes, welcher für seinen Mitvormund an den vormaligen Pupillen, ohne vorgängige Cession, Zahlung geleistet hat, in dem Archiv für die civilist. Praxis herausgegeb. von Löhr, Mittermaier und Thibaut. VII. B. Nr. VI. S. 109—125. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. §. 412. Not. k. S. 107. (der 3. Ausg.) u. a.

Vormunde auch ohne Cession zu Hülfe kommen, sey keine andere, als die actio. *tutelae* utilis. Die Gründe für diese Meinung sind. Es sey allerdings wahr, was Julian, der unter Hadrian blühte, in dem angeführten Fragmente von dem Rechte seiner Zeiten lehrt, daß der Vormund, welcher wegen der Handlung seines Mitvormundes belangt, und verurtheilt worden ist, den Mitvormund mit der actione negotiorum gestorum utili habe belangen können. Allein die Klage war sehr beschränkt. Sie hatte nur in dem Falle Statt, von dem hier Julian spricht, nämlich wenn der Vormund ex solo contutoris facto war verurtheilt worden, und blos wegen desselben Zahlung geleistet hatte, mithin der Schade nicht sowohl ex causa tutelae, als ex mala contutoris administratione entstanden war. Sie stand ihm also zu, um mittelst derselben Ersatz dessen zu erhalten, quod *eius causa* damnum cepisset, wie Julian sagt. Die actio N. G. utilis hatte also nicht Statt, wenn der eine Vormund ex communi gestu, aus einer gemeinschaftlichen Geschäftsführung, zur Bezahlung des Ganzen war verurtheilt worden. Auch war diese Klage nicht mit der Hypothek des Pupillen versehen, die hier der gegen seinen Collegen klagende Vormund nicht in Anspruch nehmen konnte [24]). Ueberdem konnte die Klage auch wegen der Armuth des Mitvormundes, in welche derselbe gerathen war, noch ehe die Klage durch wirklich erfolgte Zahlung war begründet worden [25]), ganz unnütz seyn. Die Nothwendigkeit und Billigkeit erforderten also, dem Vormunde, der den Pupillen wegen der Vormundschaftsverwaltung befriediget hat,

24) *L. 23. C. de negot. gest.* (II. 19.)

25) *L. 2. D. eodem.* (III. 5.)

gegen den Mitvormund mit einem vortheilhaftern Rechtsmittel zu Hülfe zu kommen. Darum habe der Kaiser *Divus* Pius dem Vormunde die actio tutelae utilis gegeben, wenn ihm die actio directa nach erfolgter Zahlung nicht mehr cedirt werden konnte. Daß also die actio utilis, von welcher Ulpian spricht, und welche, wie er sagt, vom Kaiser Antoninus Pius eingeführt, ja noch durch die Constitutionen späterer Kaiser, unter denen er blühte, bestätiget wurde, nicht die actio negotiorum gestorum seyn könne, welcher Valerius Severus in dem Fragment des Julians gedenkt, leuchte in die Augen. Daß aber Julian von dem ältern Recht rede, erscheine auch daraus, weil in dem von ihm erzählten Falle von einer Einrede der Theilung, oder der Vorausklage noch gar keine Rede sey. Dahingegen könne die actio utilis, welche nach Ulpian durch die kaiserlichen Verordnungen dem Vormunde gegen den Mitvormund, auch ohne Cession, gestattet wird, schon darum keine andere, als die actio tutelae utilis, seyn, weil sie der actio mandata entgegengesetzt wird. Diese actio mandata oder cessa sey aber ohne Zweifel die actio tutelae directa, welche der Vormund nicht ex persona sua, sondern ex persona cedentis, als procurator in rem suam, anstellt [26]). Nun soll, wenn diese Klage nach erfolgter Zahlung nicht mehr abgetreten werden kann, der Billigkeit wegen die actio utilis an deren Stelle treten. Sie könne also, der Natur der Sache nach, keine andere seyn, als die actio tutelae, weil die actio utilis, ihrem Begriffe nach, eine der actio directa nachgebildete Klage ist, durch welche die Rechtsform

26) *L.* 9. *C. de procurat.* (II. 13.) *L.* 1. *C. de contrario iud. tut.* (V. 58.)

fingirt, d. h. die Klage, auch ohne wirkliche Cession, als eine abgetretene behandelt wird, und folglich auch die nämliche Wirkung hat, als wenn die Cession wirklich erfolgt wäre [27]). Daher werde es auch in den angeführten Gesetzen für gleichviel gehalten, ob sich der Vormund die Klage gegen den Mitvormund cediren läßt, oder sich ohne Cession der actio utilis bedienen wolle. Eine völlige Gleichheit beyder Klagen lehre auch **Paulus**, wenn er *Lib. I. Sententiar.* [28]) sagt: Nec refert, *directa* quis, an *utili* actione agat, vel conveniatur, — *maxime cum utraque actio eiusdem potestatis sit, eundemque habeat effectum.*

Nach einer dritten Meinung [29]), sollen beyde Klagen, die utilis negotiorum gestorum actio und die utilis tutelae actio electivisch concurriren, der Vormund könne also gegen den Mitvormund anstellen, welche Klage er wolle. Diese Meinung hat beyde Gesetze für sich, denn beyde sind in die Pandecten aufgenommen, und daß die actio utilis negotiorum gestorum durch die actio tutelae utilis sey aufgehoben worden, ist unerweislich.

Ich glaube, durch die Gründe, welche die zweyte Meinung für sich hat, und welche keiner von den Verthei-

27) S. **Mühlenbruch** §. 15.

28) *L.* 47. §. 1. *D. de negot. gest.*

29) Die Anhänger derselben sind Azo in glos. ad L. 2. C. de contr. iud. tut. *Jo. Jac.* Wissenbach Exercitatt. ad Pand. Disp. LI. Th. 9. pag. 532. *Corn. van* Eck Princip. iuris civ. sec. ord. Dig. P. II. Lib. XXVII. Tit. 3. §. *Cum autem.* circ. med. *Reinh.* Bachov ad *Wesenbec.* ad L. 1. §. 13. D. de tut. et rat. distrah. und *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad h. L. 1. §. 13. pag. 475.

digern derselben so vollständig ausgeführt hat, als der von keinem derselben benutzte Anton Faber, ist hinlänglich erwiesen, daß die vom Ulpian erwähnte, und durch die Constitutionen der angeführten Kaiser eingeführte actio utilis wirklich keine andere, als die actio tutelae utilis sey [30]). Aus der Vergleichung der angeführten Gesetzstellen erhellet zugleich, daß die actio tutelae utilis auch viel vortheilhafter, und von größerm Umfange sey, als die actio negotiorum gestorum utilis, und also diese von jener ganz verschieden sey. Denn Julian unterstützt nicht so, wie Ulpian, seine actio utilis durch kaiserliche Rescripte, sondern blos mit einem Responsum eines sonst ganz unbekannten römischen Juristen, des Valerius Severus, über den, und dessen Zeitalter sich mit Gewißheit nichts bestimmen läßt. Daß er vor Julian geschrieben, ist wohl keinem Zweifel unterworfen. Wilhelm Grotius [31]) setzt ihn in die Zeiten Trajans, auch Heineccius [32]) hält es für gewiß, daß er noch vor Hadrian gelebt haben müsse. Joh. August Bach [33]) setzt ihn noch

30) *Franc.* Duarenus Comm. in Tit. 7. Lib. XXVI. Pand. cap. 6. in fin. (*Opp.* pag. 303.) nennt sie *actio in factum* utilis. Die actiones utiles, d. i. die einer andern Klage nachgebildete actiones bildeten allerdings eine Art der in factum actiones. S. Mühlenbruchs Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 15. S. 149 f. allein nirgends wird diese actio tutelae utilis eine actio in factum genennt.

31) De vitis ICtorum, quorum in Pand. extant nomina. Cap. IV. (in Franckii Vitis tripartit. ICtor. Vett. pag. 117.)

32) Hist. iuris civ. Lib. I. §. 248.

33) Hist. iurispr. Rom. Lib. III. cap. 1. Sect. VI. §. 24.

vor Nerva und Trajan. Soviel ist gewiß, daß er, und auch wohl Julian, zu der Zeit, als er am dritten Buche seiner Digesten arbeitete, die Verordnung des Divus Pius, deren Ulpian gedenkt, noch nicht gekannt haben müsse, ob gleich Julian schon im zehnten Buche derselben sich auf ein Rescript des Divus Pius an den Flavius Longinus bezieht. Pothier[34]) hat also wohl Unrecht, wenn er den Valerius Severus für einen Zeitgenossen Julians hält. Will sich nun ein Vormund, dem Responsum dieses Rechtsgelehrten zu Folge, der actio negotiorum gestorum utilis gegen den Mitvormund bedienen; er mag es thun, denn er hat die Auctorität Julians für sich. Allein er kann denn nur ex facto contutoris klagen, und die Hypothek, welche die Gesetze dem Pupillen gegeben haben, kann er dann auch für sich nicht in Anspruch nehmen, diese gewährt ihm nur die utilis tutelae actio. Nur das dem Pupillen gegen seinen Vormund gegebene privilegium exigendi, welches, als ein blos persönliches Vorzugsrecht, nur ihm zu statten kommen soll, geht nach Papinians[35]) Entscheidung, nicht mit auf den Cessionar über, aus dem Grunde, *quia non causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem*[36]).

Die actio tutelae utilis ist also dem Vormunde vortheilhafter, als die utilis negotiorum gestorum actio.

34) Praefat. s. Prolegomena in Pandect. Justinian. Tom. I. P. II. Nr. LVIII. pag. 30.

35) *L. 42. D. h. t.*

36) S. *Jac.* Cujacii Comment. in Libr. I. Definition. Papin. ad L. 42. D. h. t. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 636.) und besonders Mühlenbruch a. a. O. §. 56. S. 548 f. Vergleiche auch den 19. Th. dieses Commentars §. 1088. S. 160. f.

Sie ist als eine Wohlthat der Billigkeit wegen dem Vormunde gegeben, welche, wie Anton Faber[37]) lehrt, ihren Grund darin hat, weil Vormünder nicht aus freyen Willen, sondern aus rechtlicher Nothwendigkeit in das Correalverhältniß gezogen werden, indem sie die Vormundschaft nicht ablehnen konnten, sondern übernehmen mußten. Bey mehreren Mitbürgen, welche sich aus freyen Willen verpflichtet haben, ist dieses nicht der Fall. Daher ist es denn auch billig, daß bey mehreren Vormündern, welche die Gesetze in solidum verpflichten, nicht der Eine das Opfer für die Uebrigen werde, die mit ihm in gleicher Schuld sind[38]).

Aus *L.* 2. §. 8. *et* 9. *D. de administratione rer. ad civitates pertinent*, wo Ulpian sagt:

Jus reipublicae pacto mutari non potest, quominus magistratus collegae quoque nomine conveniantur in his speciebus, in quibus id fieri iure permissum est. — *Actio autem, quae propterea in collegam decerni solet, ei, qui pro altero dependit, ex aequitate competit;*

scheint hervorzugehen, daß das Rescript des Kaisers Antoninus Pius der Billigkeit wegen durch Interpretation auch auf Collegen der Magisträte angewendet worden sey, wenn der eine für den andern hat bezahlen müssen, so daß jener die Klage, die sonst cedirt zu werden pflegt, auch ohne Cession gegen den Collegen anstellen kann[39]).

37) Conjecturar. iur. civ. Lib. XI. cap. 11. pag. 355.

38) S. Mühlenbruchs Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 44. S. 462.

39) S. *Ant.* Faber cit. loc. pag. 355.

War der Vormund, welcher das Ganze bezahlt, wegen dolus oder contumacia belangt worden, die Schuld mag ihm nun entweder allein zur Last fallen, oder den Einen wie den Andern treffen; so kann er weder von dem gewesenen Pupillen die Cession der Klage gegen den Mitvormund verlangen, noch sich der actio tutelae utilis gegen ihn bedienen. Er hat sich hier der gesetzlichen Wohlthat unwürdig gemacht, und leidet die gerechte Strafe seines Vergehens[40]). Papinian wirft in diesem Falle in einer schon oben vorgekommenen Stelle[41]) die Frage auf: an actiones pupillus ei, qui solus convenitur, in alterum pro parte scilicet praestare debeat? und entscheidet sie so:

Cum propria cuiusque contumacia puniatur, qua fronte poterit hoc desiderari?

Mit ihm stimmt Ulpian überein, wenn er in der aus desselben *libro XXXVI. ad Edictum* genommenen *L.* 1. §. 14. *D. de tutelae et rationib. distrah.* noch bestimmter sagt.

Plane si ex dolo communi conventus praestiterit tutor, *neque mandandae sunt actiones, neque utilis competit*, quia proprii delicti poenam subit: quae res indignum eum fecit, ut a ceteris quid consequatur doli participibus: *nec enim ulla societas maleficiorum, vel communicatio* iusta damni ex maleficio est.

40) S. *Jac.* Cujacii Commentar. in Lib. XII. Quaestion. Papiniani ad L. 38. D. de admin. tut. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 328.)

41) *L.* 38. *D. h. t.*

Die Gesetze machen also in Absicht auf die Cessionswohlthat keinen Unterschied, ob sich die Vormünder eines dolus oder einer contumacia schuldig gemacht haben. Sie versagen sie dem Vormunde, welcher dem gewesenen Pupillen das Ganze bezahlt hat, in dem einen, wie in dem andern Falle. Ob aber auch in diesen Fällen die Wohlthat der Theilung verloren gehe, ist streitig. Cujaz[42]), und mit ihm mehrere[43]) verneinen es. Diese haben die Entscheidung Papinians für sich, welcher in der angeführten *L.* 38. *D. h. t.* beyde Rechtswohlthaten auf diese Art ausdrücklich unterscheidet. Der Grund dieses Unterschiedes wird darin gesetzt. Durch die Wohlthat der Theilung verlange und erhalte der Vormund nichts von dem Mitvormunde, sondern vertheidige sich blos, um nicht auf das Ganze, und über seinen Antheil verurtheilt zu werden. Diese Vertheidigung könne ihm nicht versagt werden. Allein durch die Cessionswohlthat würde der Vormund von seinem Mitvormunde einen Theil desjenigen zu erhalten suchen, was er wegen seines eigenen Dolus zu bezahlen schuldig war. Dieß sey unbillig, quia doli non est societas. Weil jedoch dieser Meinung der Ausspruch des Celsus *libro XI. Digestorum*, woraus die *L.* 7. *D. de magistrat. conven.* (XXVII. 8.) genommen ist, offenbar entgegensteht; wo Celsus sagt:

In magistratus, qui tutorem dederunt, rogo rescribas, utrum pro virili portione actio danda sit,

42) Cit. Commentar. Tom. I. *Opp. postum.* p. 329.

43) *Jo. Jac.* Wissenbach Comment. in libros VII. prior. Cod. ad L. 2. et 3. de divid. tut. pag. 489. *Paul.* Montanus Tr. de jure tutel. et curat. Cap. XXXIX. nr. 155. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. §. 412. Not. k S. 107. der 3. Aufl.

an optio sit eius, qui pupillus fuit, cum quo potissimum agat? Respondi: *si dolo fecerunt magistratus*, ut minus pupillo caveretur, in quem vult, actio ei danda *in solidum* est: sin *culpa duntaxat eorum*, neque dolo malo id factum est; aequius esse existimo, pro portione in quemque eorum actionem dari, dum pupillo salva res sit;

so behauptet Andreas Alciatus[44]), und mehrere[45]) mit ihm, daß wenn sich die Vormünder nicht sowohl durch ungehorsame Nichtverwaltung der Vormundschaft, von welchem Falle Papinian spricht, sondern durch Dolus bey der Verwaltung derselben vergangen haben, ihnen die Rechtswohlthat der Theilung nicht zu statten komme. Dieß ist auch wohl die richtigste Meinung. Denn Vormünder, welche sich weigern, die Verwaltung eines lästigen Amtes zu übernehmen, welches sie ohne allen Vortheil wider ihren Willen führen müssen, verdienen immer mehr Entschuldigung, als diejenigen, welche es übernommen, und bey Führung desselben sich eines Dolus schuldig gemacht haben. Hier kann ihnen das beneficium divisionis, so wenig, als das beneficium cessionis zukommen, denn auch hier kann man mit Ulpian[46]) sagen: nec enim ulla societas maleficiorum, vel communicatio iusta damni ex maleficio est.

44) Commentar. ad L. 1. C. de transact. nr. 14. (*Opp.* Tom. III. p. 461. *Basiliae* 1550. f.)

45) *Jo.* Ronchegallus Tr. de duobus reis constituendis ad L. 3. D. h. t. nr. 92. et 93. pag. 230. sq. (*Lugd.* 1559. 8.) und Mühlenbruch Doctrina Pandectar. Vol. II. §. 334.

46) *L. 1. §. 14. D. de tut. et ration. distrah.*

§. 1336. b.

Beneficium ordinis der Vormünder bey ungetheilter Vormundschaft. Erklärung der *L.* 46. §. 6. *D. h. t.* und *L.* 1. §. 15. *D de tut. et rat. distrah.*

Wird ein Vormund nicht aus seiner eignen Handlung, sondern aus der Handlung seines Mitvormundes belangt; so kann er verlangen, daß der Pupill zuerst den Mitvormund ausklage, wenn dieser solvent ist. Man nennt diese Rechtswohlthat das beneficium *ordinis*, oder *excussionis* 47).

L. 2. *C. Si tutor vel curator non gesserit.* (V. 55.) Imp. ALEXANDER A. Justo. Qui se non immiscuerunt tutelae vel curae, ex persona eorum, qui gesserunt, et idonei sunt, non onerantur.

L. 1. *in fin. Cod. Si tutor, vel curator reipub. causa aberit.* (*V.* 64.) Imp. GORDIANUS A. Guttio. Ut priore loco is conveniatur, qui administravit, de iure postulabis.

L. 3. *C. de divid. tut* (V. 52.) Impp. DIOCLETIAN. *et* MAXIMIAN. AA. et CC. Zotico. Licet tutorum conventione mutuum periculum minime finiatur: tamen eum, qui administravit, si solvendo sit, primo loco, eiusque successores conveniendos esse, non ambigitur.

Claudius Tryphoninus sagt *libro XIV. Disputationum*, woraus die *L.* 55. *D. h. t.* genommen ist, und zwar §. 2. diese Wohlthat sey den Vormündern durch die Constitutionen der Kaiser gegeben worden, *quae iubent, ante conveniri eum, qui gessit.* Was die-

47) Man vergleiche hier die gründliche Abhandlung in *Hartm.* PISTORIS Quaestion. iuris. Lib. I. Quaest. 6. p. 48—60.

ses für Constitutionen sind, ist unbekannt. Da Tryphoninus unter den Kaisern Septimius Severus und Antoninus Caracalla lebte [48]); so kann es keine der angeführten Constitutionen seyn, die er gemeint haben könnte. Everh. Otto [49]) glaubt zwar, Tryphonin habe noch die Regierung des Kaisers Alexander Severus erreicht. Allein auch davon abgesehen, daß diese Meinung auf unsichern Beweisen beruht [50]); so würde gewiß Tryphonin, nach seiner Gewohnheit [51]), die Kaiser genannt haben, wenn es diejenigen wären, unter denen er lebte. Es müssen also Constitutionen früherer Kaiser seyn, wie auch aus folgender Constitution des Kaisers Antoninus Caracalla erhellet.

L. 2. C. de heredib. tutor. (V. 54.) Pater vester tutor vel curator datus, si se non excusavit, non ideo vos minus heredes eius tutelae vel utili iudicio conveniri potestis, quod eam tutelam seu curam non administrasse dicitis: nam et cessationis ratio reddenda est. *Prius tamen propter actum suum eos conveniendos esse, qui administraverunt, saepe rescriptum est.*

Wenn freywillige Curatoren, wie z. B. die Güterpfleger bey Concursen, in dem Falle da mehrere zugleich angestellt worden, obwohl sie auch für einander in solidum haften, dennoch eben deswegen, weil sie ihr Amt

48) S. *Christ.* Rau Diss. de Claudio Tryphonino ICto Rom. *Lipsiae* 1768. §. 3.

49) Papinian. Cap. XI. pag. 334.

50) S. Rau c. l.

51) S. z. B. *L.* 44. *D. de Excusat. L.* 12. §. 17. *D. de captivis et postlim. revers.*

freywillig übernommen haben, sich der Wohlthat der Vorausklage nicht bedienen können, sofern nicht etwa der in Anspruch genommene gerade ein solcher ist, der wider seinen Willen, und also ausnahmsweise, z. B. arbitrio Imperatoris dazu genöthiget worden [52]); so läßt sich wohl hieraus mit Anton Faber [53]) die Ursache der Billigkeit erklären, warum diese Wohlthat den Vormündern durch die Constitutionen der Kaiser ist eingeräumt worden. Denn bey diesen ist es nicht Ausnahme, sondern Regel, daß sie ihr Amt wider ihren Willen übernehmen müssen.

Das beneficium ordinis findet also blos in den Fällen Statt, wo mehrere Vormünder in solidum, und also dergestalt verpflichtet sind, daß wegen der Handlung des einen Vormundes auch der andere, welchen der Pupill wählt, belangt werden kann [54]). Es setzt jedoch voraus,

52) *L.* 2. §. 2. *D. de curatore bonis dand.* (XLII. 7.) Si plures autem constituantur curatores, Celsus ait, *in solidum* eos et agere, et conveniri, non pro portionibus. §. 3. Quaeritur: an invitus curator fieri possit? Et Cassius scribit: neminem invitum cogendum fieri bonorum curatorem: quod verius est. Voluntarius itaque quaerendus est, nisi ex magna necessitate, et Imperatoris arbitrio hoc procedat, ut et invitus creetur. § 5. Si tres curatores fuerint, et unus ex his nihil attigerit, an in eum, *qui nihil tetigit*, actio danda est? Et Cassius existimat, *modum actori non debere constitui, posseque eum, cum quo vult, experiri.* Et puto Cassii sententiam veriorem: spectandum enim quid redactum est, non quid ad curatorem unum pervenerit. Et ita utimur, *nisi invitus factus est:* nam si ita est, dicendum, *non eum conveniendum.*

53) Conjecturar. iuris civ. Lib. XI. Cap. 1. p. 332.

54) *L.* 55. *pr. D. h. t. L.* 33. §. 3. *D. eod. L.* 2. *C. de divid. tut.*

daß der Vormund, welcher gerirt hat, solvent sey. Daher müssen auch die Bürgen desselben, so wie die Erben, erst ausgeklagt werden [55]). Es ist indessen genug, wenn der vorerst tenente Vormund beym Ende seines Amts solvent war, weil er damals belangt werden mußte. Ist dieser Zeitpunct vernachlässiget worden, so findet, bey nachher eingetretener Insolvenz, gegen die übrigen Vormünder kein Regreß weiter Statt, eben so wenig, als wenn sie ausser aller Schuld sind.

L. 53. *in fin. D. h. t.* Paulus *libro II. Decretorum.* — Pronuntiavi: si *in diem finitae tutelae* idonei permansissent tutores, licet satis non esset exactum, curatorum esse periculum, si minus, tutorum et magistratuum, hoc est, tunc esse periculum eius, qui suspectum non fecisset, aut satis non exegisset, *cum finita tutela non inveniretur idoneus fuisse.*

L. 5. *in fin. C. In quib. casibus tutorem vel curat. habenti tut. vel curat. dari pot.* Impp. Diocletian. et Maximian. AA. et CC. Zenoni. — Sane si is, qui administravit, *tempore finitae tutelae fuit solvendo*, secuti temporis periculum ad te pertinere non potuisse, manifestum est.

L. 1. *Cod. de divid. tutela.* Imp. Gordianus A. Optato. Si *post finitum administrationis officium collegae tui indemnitati praestandae idonei fuerint*, posteaque, dum non conveniuntur, minus

55) *L.* 46. §. 6. *D. h. t. L.* 1. §. 15. *D. de tut. et rat. distrah. L.* 6. *C. Arbitr. tut.* S. Voet Comm. ad Pand. Tom. II. Lib. XXVII. Tit. 8. §. 6.

idonei effecti sunt: vitium alienae cessationis ad dispendium tuum pertinere, iuris ratio non patitur.

Das beneficium excussionis setzt ferner voraus, daß die mehreren Vormünder von einerley Art, also alle testamentarische, oder gesetzliche, oder dativ Vormünder sind [56]). Sind sie von verschiedener Art, der eine z. B. ein testamentarischer, der andere ein Dativ-Vormund; so werden sie als solche betrachtet, unter denen die Vormundschaft getheilt ist. Der eine Vormund ist also aus der Handlung des andern nicht tenent, derselbe mag solvent seyn, oder nicht; denn hier haften sie nicht in solidum. Er kann nur dann in Anspruch genommen werden, wenn er aus Nachlässigkeit seinen Mitvormund als verdächtig anzuklagen versäumt hat. Hierher gehört die Stelle aus des Paulus *libro IX. Responsorum* in der *L.* 46. §. 6. *D. h. t.*

Quum testamento duo tutores dati essent pupillo, et alter ex his vita defunctus fuisset, in locum eius, petente matre, ex Praesidis provinciae praecepto a magistratibus alius tutor datus est, a quo magistratus satis exegerunt, rem salvam fore: tutor testamento datus postea datum suspectum fecit. Quaesitum est, in quantum teneatur? PAULUS respondit: tutorem testamento datum pro ea parte conveniri oportere, pro qua parte administravit: pro contutoris autem portione prius eos conveniri debere, qui pro eo se obligaverunt, vel magistratus, qui eum dederunt: tunc si solidum pupillus consequi non potuerit, de officio contutoris quaerendum, an suspectum facere debuerit? praesertim

56) S. PISTORIS Quaest. iuris c. I. nr. 16 — 18.

eum suspectum quoque eum postulasse dicatur. Alias quidem, cum magistratus plures tutores dant, non prius ad eos reverti pupillus potest, quam omnes tutores excussi[57]) fuerint: in proposito, cum unus a magistratibus datus proponeretur, non est visum, prius collegam conveniendum, qui et suspectum fecit, et testamento datus est, *perindeque habendos singulos, ac si testamento*[58]) *in partes dimidias tutores dati essent*[59]).

Paulus entscheidet hier folgenden Fall. Einem Pupillen waren im Testament zwey Vormünder gegeben. Nachdem einer von diesen gestorben war, so ernannte der Magistrat, auf das Gesuch der Mutter, einen andern Vormund an dessen Stelle, welchen hierauf der testamentari-

57) In der taurellischen Ausgabe heißt es *excussati*, und so hat noch erst Taurellius die sinnlose Lesart *excusati* in den florentinischen Pandecten zu verbessern gesucht. Ducker Opusc. var. de Latinitate ICtor. vet. pag. 343. not. 4. meint zwar, es ließe sich das *excussare* statt excutere, nach der Analogie wohl vertheidigen, so wie *concussare* statt concutere. Allein es hat doch keine Auctorität der Alten für sich. Daher hält es Brenkmann wohl mit Recht für einen Fehler der Abschreiber. Denn ausser der Florentine, lesen alle *excussi*. So auch Haloander, Baudoza, Miräus, Merlin, und Beck.

58) In der florentinischen Ausgabe steht das Wort testamento nicht, allein Haloander, Baudoza, Merlin, Miräus und Beck haben es.

59) Ueber diese Gesetzstelle haben ausführlich commentirt *Jac.* Cujacius in Libr. IX. Responsor. ad h. §. (*opp. postum.* a Fabroto edit. Tom. III. p. 52.) und Pistoris c. l. nr. 16 — 18.

sche Vormund als verdächtig anklagte. Der Dativ-Vormund aber war insolvent, und nun entstand die Frage, inwiefern der im Testament bestellte Vormund in Anspruch genommen werden könne? Paulus antwortet hierauf, der testamentarische Vormund könne nur in so weit belangt werden, als er selbst administrirt hat. Soviel hingegen den Antheil des Dativ-Vormundes betrifft; so müßten zuerst diejenigen ausgeklagt werden, die sich für ihn verbürgt haben, oder der Magistrat, der ihn bestellt hat. Hat nun der Pupill auf solche Art seine völlige Befriedigung noch nicht erhalten können, so könne nun erst die Frage davon seyn, ob und inwiefern der Pupill seinen Regreß gegen den testamentarischen Vormund nehmen könne? und hier komme es blos darauf an, ob er den Mitvormund als verdächtig hätte anklagen sollen. Da nun aber der Vormund dieses in dem vorliegenden Falle wirklich gethan hatte, so konnte ihm auch nicht einmal ein Versehen vorgeworfen werden. Wäre der testamentarische Tutor aus der Handlung des Dativ-Vormundes unmittelbar verpflichtet gewesen, so hätte er in dem Falle, da der tutor dativus insolvent war, sogleich, und noch vor dem Magistrat belangt werden können, und es wäre jetzt schon die Frage davon gewesen, ob er seinen Collegen hätte suspect machen sollen, oder nicht. Er würde, wenn ihm deshalb eine Culpa zur Last fiele, nun in solidum, und aus eigner Verbindlichkeit belangt werden können[60]. Zum offenbaren Beweis, daß die Vormünder in unserm Text nicht in solidum verpflichtet gewesen, weil sonst der Eine aus der Handlung des Andern ipso iure tenent gewesen wäre, und die Reihe nicht eher an den Magistrat hätte kommen können, als

60) *L. 2. 3. et 5. D. de magistrat. conveniend. L. 1. §. 15. D. de tut. et ration. distrah.*

eum suspectum quoque eum postulasse dicatur. Alias quidem, cum magistratus plures tutores dant, non prius ad eos reverti pupillus potest, quam omnes tutores excussi[57]) fuerint: in proposito, cum unus a magistratibus datus proponeretur, non est visum, prius collegam conveniendum, qui et suspectum fecit, et testamento datus est, *perindeque habendos singulos, ac si testamento*[58]) *in partes dimidias tutores dati essent*[59]).

Paulus entscheidet hier folgenden Fall. Einem Pupillen waren im Testament zwey Vormünder gegeben. Nachdem einer von diesen gestorben war, so ernannte der Magistrat, auf das Gesuch der Mutter, einen andern Vormund an dessen Stelle, welchen hierauf der testamentari-

57) In der taurellischen Ausgabe heißt es *excussati*, und so hat noch erst Taurellius die sinnlose Lesart *excusati* in den florentinischen Pandecten zu verbessern gesucht. Ducker Opusc. var. de Latinitate ICtor. vet. pag. 343. not. 4. meint zwar, es ließe sich das *excussare* statt excutere, nach der Analogie wohl vertheidigen, so wie *concussare* statt concutere. Allein es hat doch keine Auctorität der Alten für sich. Daher hält es Brenkmann wohl mit Recht für einen Fehler der Abschreiber. Denn ausser der Florentine, lesen alle *excussi*. So auch Haloander, Baudoza, Miräus, Merlin, und Beck.

58) In der florentinischen Ausgabe steht das Wort testamento nicht, allein Haloander, Baudoza, Merlin, Miräus und Beck haben es.

59) Ueber diese Gesetzstelle haben ausführlich commentirt *Jac.* Cujacius in Libr. IX. Responsor. ad h. §. (*opp. postum.* a Fabroto edit. Tom. III. p. 52.) und Pistoris c. l. nr. 16 — 18.

sche Vormund als verdächtig anklagte. Der Dativ-Vormund aber war insolvent, und nun entstand die Frage, inwiefern der im Testament bestellte Vormund in Anspruch genommen werden könne? Paulus antwortet hierauf, der testamentarische Vormund könne nur in so weit belangt werden, als er selbst administrirt hat. Soviel hingegen den Antheil des Dativ-Vormundes betrifft; so müßten zuerst diejenigen ausgeklagt werden, die sich für ihn verbürgt haben, oder der Magistrat, der ihn bestellt hat. Hat nun der Pupill auf solche Art seine völlige Befriedigung noch nicht erhalten können, so könne nun erst die Frage davon seyn, ob und inwiefern der Pupill seinen Regreß gegen den testamentarischen Vormund nehmen könne? und hier komme es blos darauf an, ob er den Mitvormund als verdächtig hätte anklagen sollen. Da nun aber der Vormund dieses in dem vorliegenden Falle wirklich gethan hatte, so konnte ihm auch nicht einmal ein Versehen vorgeworfen werden. Wäre der testamentarische Tutor aus der Handlung des Dativ-Vormundes unmittelbar verpflichtet gewesen, so hätte er in dem Falle, da der tutor dativus insolvent war, sogleich, und noch vor dem Magistrat belangt werden können, und es wäre jetzt schon die Frage davon gewesen, ob er seinen Collegen hätte suspect machen sollen, oder nicht. Er würde, wenn ihm deshalb eine Culpa zur Last fiele, nun in solidum, und aus eigner Verbindlichkeit belangt werden können[60]). Zum offenbaren Beweis, daß die Vormünder in unserm Text nicht in solidum verpflichtet gewesen, weil sonst der Eine aus der Handlung des Andern ipso iure tenent gewesen wäre, und die Reihe nicht eher an den Magistrat hätte kommen können, als

60) *L.* 2. 3. *et* 5. *D. de magistrat. conveniend. L.* 1. §. 15. *D. de tut. et ration. distrah.*

mehreren Vormündern getheilt worden ist. Denn mit einer getheilten Vormundschaft vergleicht Paulus diejenige, zu welcher die mehreren Vormünder von Verschiedenen bestellt worden sind, in einem solchen Falle aber haftet der zahlungsfähige Vormund für den insolventen anders nicht, als wenn er denselben als verdächtig anzuklagen versäumt hat. Anders konnte daher Paulus hier nicht entscheiden. Denn aus zwey Gründen konnte in dem hier vorgetragenen Falle der testamentarische Vormund nicht in Anspruch genommen werden, Erstens, weil er den tutor dativus wirklich als verdächtig angeklagt hatte, und also ihm nicht einmal ein Versehen vorgeworfen werden konnte. Zweytens weil nicht beyde Vormünder von der Obrigkeit ernannt worden, folglich dieselben eben so anzusehen waren, als ob die Vormundschaft unter ihnen wäre getheilt worden.

Ganz unrichtig leitet daher aus dieser Gesetzstelle Johann Voet[63]), vermittelst des argumenti a contrario, den Satz her, wenn die Tutel getheilt sey, so müsse der, welcher seinen Mitvormund aus Nachlässigkeit anzuklagen versäumt hat, noch vor dem Magistrat belangt werden; könne hingegen dem Mitvormunde keine Nachlässigkeit vorgeworfen werden; so sey der Magistrat zuerst zu belangen, und erst nach diesem der Mitvormund. Schon Thibaut[64]) hat diese irrige Ansicht gründlich widerlegt. Der Meinung des Voet steht aber noch ein anders Fragment aus Ulpians *libro XXXVI. ad Edictum* offenbar entgegen. Es ist die *L.* 1. §. 15. *D. de tutelae et rationib. distrah.* welche folgendermassen lautet.

63) Comment. ad Pand. Tom. II. Lib. XXVII. Tit. 8. §. 6.

64) Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts. § 35. S. 147 — 150. (der 2. Ausgabe Altona 1806.)

Usque adeo autem ad contutores non venitur, si sint solvendo[65]) contutores, ut prius ad magi-

65) So liest die florentinische Ausgabe. Allein diese Leseart ist sehr streitig. *Jac.* Cujacius sowohl in Paratitl. als in Recitationib. solemn. in Lib. V. Tit. 52. Cod. de divid. tut. besonders aber in Commentar. in Libr. II. Quaestion. Papiniani ad L. ult. D. de quibus reb. ad eund. iudicem eatur. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 34. sq.) meint, es müsse, *si* non *sint solvendo contutores*, gelesen werden. Die Unrichtigkeit der florentinischen Leseart sey daher entstanden, daß die Negation unrichtig von ihrem Orte an einen andern versetzt worden sey. Denn das non, welches in den letzten Worten: *si* non *contutor ob hoc conveniatur*, wo es überflüßig, und daher wegzustreichen sey, gehöre zu den vorhergehenden Worten: *si sint solvendo contutores*, wo es fehle. Diese Leseart hat auch die Auctorität der Basiliken für sich. In diesen heißt es Lib. XXXVIII. Tit. 3. Const. 1. §. 7. (*edit.* Fabroti Tom. V. pag. 64.) Οτε δὲ εἰσι πάντες ἄποροι, πρὸ τῶν συνεπιτρόπων οἱ στρατηγοὶ, καὶ οἱ ἐγγυηταὶ ἐνάγονται: i. e. *At si* non *omnes sint solvendo, magistratus, et fideiussores conveniuntur prius, quam contutores.* Mit Cujaz lesen Haloander, und unter den neuern Beck. Dieser Leeart geben auch *Hub.* Giphanius Explanat. difficil. Legg. Cod. ad L. 2. de divid. tut. pag. 464. Pothier Pand. Justinian. Tom. II. Lib. XXVII. Tit. 3. Nr. VII. not. f. pag. 141. und *Bav.* Voorda Thes. controv. Decad. XXVII. §. 8. den Vorzug. Die florentinische Leeart hingegen billigen, mit Verwerfung der Haloandrinischen, *Ant.* Augustinus Emendation. Lib. I. Cap. 2. (in *Thes. J. R. Otton.* Tom. IV. pag. 1435.) *Lud.* Russardus ad h. L. *Jo.* Schilter Prax. iuris Rom Exercit. XXXVII. §. 181. und so lesen auch Baudoza Cestius, *Lud.* Miraeus, und *Guil.* Merlinus. Diese Leseart, welche auch *Siegm Reich.* Jauchius Meditation. crit. de Negatio-

stratus, qui eos dederunt, vel ad fideiussores veniatur: et ita Imperator noster Ulpio Proculo rescripsit. Quod enim MARCELLUS *libro octavo Digestorum* scripsit, quodque saepissime rescriptum est, quamdiu vel unus ex tutoribus idoneus est, non posse ad magistratus, qui dederunt, veniri, sic erit accipiendum, si non contutor [66]) ob hoc conveniatur, quod suspectum facere, vel satis exigere noluerit.

nibus Pand. florent. Cap. V. §. 27. und Cap. XIII. §. 15. für die richtigere hält, erfordert der ganze Zusammenhang, und auch JULIANUS in *Collectione de tutelis*, welche mit der Epitome Novellar. von Augustin und Pithou edirt worden ist, bestätiget sie.

66) Hier, meint CUJACIUS, müsse, ohne die Negation, *si contutor ob hoc conveniatur*, gelesen werden. Mit dieser Lesart stimmen auch die *Basilica* cit. loc. überein, wo es heißt: εἰ μέντοι ὑπόπτους ὀφείλοντες ποιῆσαι τοὺς συνεπιτρόπους ὑπερέθεντο, ἢ λαβεῖν παρ' αὐτῶν ἐγγύας, αὐτοὶ πρὸ τῶν στρατηγῶν ἐνάγονται: i. e. *Si tamen cum deberent suspectos facere contutores, vel satis ab eis accipere, supersederint, conveniuntur ipsi prius, quam magistratus.* So liest auch JULIANUS c. l. und diese Lesart nehmen JAUCHIUS Meditation. citt. Cap. XIII. §. 6. pag. 189. und *Ant.* SCHULTING in Notis ad Dig. s. Pandect. a SMALLENBURG edit. T. IV. p. 476. ad h. L. für die richtigere an. Den affirmativen Sinn vertheidigte auch schon standhaft HUGOLINUS. So wie hingegen die florentinische Ausgabe, lesen Haloander, Baudoza, Merlin und Miräus, und die Richtigkeit dieser Lesart haben vorzüglich *Hartm.* PISTORIS Quaestion. iuris Lib. I. Qu. 6. nr. 26. p. 56 — 58. *Jo.* SCHILTER c. l. und *Bav.* VOORDA c. l. dargethan, welche das *si non* durch nisi erklären.

Alle Ausleger[67]) sind darin einverstanden, daß dieses Fragment von dem Falle zu verstehen sey, da die Tutel unter mehreren Vormündern getheilt ist, es sey vom Testator, oder vom Magistrat geschehen. Dieß ist überhaupt, wie Venulejus[68]) sagt, der gewöhnliche Fall. Wenn nun bey einer getheilten Vormundschaft einer von den Mitvormündern insolvent ist, so können die übrigen Vormünder, wenn sie auch zahlungsfähig sind, doch nicht eher in Anspruch genommen werden, als wenn vorher der Magistrat, der sie, und unter ihnen den Vormund bestellt hat, welcher insolvent ist, oder die Bürgen, welche sich für ihn verpflichtet haben, ausgeklagt worden sind. So hatte auch der Kaiser Antoninus Caracalla an den Ulpius Proculus rescribirt. Die Frage, welche hier Ulpian entscheidet, ob der Magistrat noch vor den übrigen Mitvormündern in Anspruch zu nehmen sey? konnte, wie aus dem vorher erklärten Gesetz erhellet, nur in dem Falle entstehen, wenn die Tutel getheilt ist. Sie konnte auch nur dann Interesse haben, wenn alle übrige Mitvormünder solvent sind. Nur insofern konnte auch ein Zweifelsgrund aus den kaiserlichen Rescripten, von denen Marcellus in seinen Digesten spricht, hergenommen werden, nach welchen, so lange auch nur noch Einer von den Mitvormündern solvent ist, der Magistrat, der die Vormünder ernannt hat, nicht soll in Anspruch genommen werden können. Die Lesart: *si sint solvendo contu-*

67) *Reinh.* BACHOVIUS Notae et Animadv. ad *Treutlerum.* Vol. II. P. I. Disp. IX. Th. 5. Lit. B. pag. 485. *Hartm.* PISTORIS c. l. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XXVII. Tit. 8. §. 1. *Ant.* SCHULTING Notae ad Dig. c. l. So versteht diesen Text auch die Glosse.

68) *L.* 51. *D. h. t.*

tores, i. e. si vel sint solvendo contutores reliqui, bringt also der ganze Zusammenhang mit sich, und das Zeugniß des Julians, welcher Justinians Zeitgenosse war [69]), ist hier gewiß wichtiger, als die Auctorität der Basiliken. Es war also Grundsatz, daß der Magistrat zuerst ausgeklagt werden müsse, wenn die Tutel getheilt ist. Diesem steht nun nicht entgegen, was Marcellus im achten Buche seiner Digesten sagt, und auch mehrmals rescribirt worden ist, nämlich, daß, solang auch nur noch einer von den Mitvormündern zahlungsfähig ist, der Magistrat nicht mit der actio subsidiaria belangt werden könne. Denn dieses gilt nur im Falle einer ungetheilten Vormundschaft, wo die Vormünder in solidum verpflichtet sind, und ist auch nicht so zu verstehen, als ob der Magistrat in keinem Falle vor dem Mitvormunde ausgeklagt werden könne; sondern so wie zu Folge dieser Regel der Mitvormund in dem Falle, da ihm zur Last fällt, daß er den Mitvormund als verdächtig anzuklagen, oder sich von demselben Caution leisten zu lassen versäumt hat, noch vor dem Magistrate zu belangen ist; so kann dagegen die Klage gegen den Magistrat noch vor dem Mitvormund in dem Falle angestellt werden, da dem letzteren deswegen keine Nachlässigkeit vorgeworfen werden kann. Dieß ist der Sinn der letztern Worte: *si non contutor ob hoc conveniatur, quod suspectum facere, vel satis exigere noluerit*, wo das Wort *conveniatur*, wie Schilter sehr richtig bemerkt, durch conveniri possit zu erklären ist [70]). Es

69) S. Biener's Geschichte der Novellen Justinians. S. 74.

70) Es ist dieser Fall in den Fragmenten der Pandecten nicht selten, daß ein verbum absolutae actionis durch posse oder debere erklärt werden muß. Beyspiele findet man in Püttmanni Opuscul. iurid. ex Observation.

ergiebt sich zugleich hieraus, daß das non keineswegees überflüssig, und daher nicht wegzustreichen sey. So läßt sich nun aber auch leicht der Grund dieser Verschiedenheit erklären. Denn ist die Tutel ungetheilt, so kann der Vormund viel leichter wissen, ob sein Mitvormund suspect sey, als der Magistrat. Man konnte auch erwarten, daß, da bey ungetheilter Vormundschaft die mehreren Vormünder in solidum haften, einer den andern genauer controlliren werde. Der Mitvormund ist daher auch billig vor dem Magistrate zu belangen. Bey einer getheilten Vormundschaft hingegen ist keiner aus den Handlungen des Andern verbindlich, sondern jeder ist nur für das verantwortlich, was zu dem ihm von dem Magistrat angewiesenen Geschäftskreise gehört. Diesen muß der Magistrat controlliren, der ihn gesetzt hat, dieser ist daher auch noch vor dem Mitvormund in Anspruch zu nehmen.

Noch ist zu bemerken, daß die Wohlthat der Ordnung wegfällt, 1) wenn alle an der Administration der Tutel gleichen Antheil genommen haben, oder alle in gleicher Schuld sind. Denn hier haften sie alle in solidum. Sie haben blos, insofern sie noch alle solvent sind, die Wohlthat der Theilung [71]), sie müßen sich nur nicht durch Dolus derselben unwürdig gemacht haben [72]). Papinian sagt *libro quinto Responsorum* [73]):

miscellan. Batav. in unum volum. collect. pag. 151. besonders pag. 153. und *van* VRYHOFF Observation. iuris civ. Cap. 3.

71) S. *Jac.* CUJACII Recitation. solemn. in Tit. 52. Lib. V. Cod. de divid. tut. und *Hartm.* PISTORIS Quaestion. iuris. Lib. I. Qu. 6. nr. 8. et 11. pag. 49.

72) S. oben S. 385. und 386.

73) *L.* 39. §. 11. *D. h. t.*

Quod tamen ex tutela non pervenit ad eos, qui se negotiis miscuerunt, sed communi negligentia periit, *citra substitutionis ordinem aequaliter omnium periculum spectat.*

Und **Ulpian** lehrt *libro XXXVI. ad Edictum*[74]:

Et si quidem omnes simul gesserunt tutelam, et omnes solvendo sunt, aequissimum erit, dividi actionem inter eos pro portionibus virilibus, exemplo fideiussorum.

2) Eben dieses gilt in dem Falle, da von den mehreren Tutoren keiner verwaltet hat[75].

Haben die Vormünder die Verwaltung selbst **unter sich** getheilt, so ist es, wie bey einer ungetheilten Vormundschaft. Durch eine solche Theilung wird die Correal-Verbindlichkeit der Vormünder nicht aufgehoben. Der Pupill kann daher einen jeden, wen er will, auf das Ganze belangen[76]. Den Vormündern steht aber auch die Rechtswohlthat der Vorausklage zu. Es muß daher derjenige, welcher administrirt hat, zuerst belangt werden, sofern er solvent ist. In dessen Ermangelung sind dann noch die Erben oder Bürgen auszuklagen, ehe die Mitvormünder in Anspruch genommen werden können[77]. Dahingegen findet

74) *L. 1. §. 11. D. de tut. et rat. distrah.*

75) *L. 38. pr. D. h. t.* S. Cujacius Recit. solemn. in Cod. c. l. und *Hartm.* Pistoris c. l. nr. 9.

76) *L. 2. in fin. C. de divid. tut.* — Sin vero ipsi inter se res administrationis diviserunt: non prohibetur adolescens unum ex his in solidum convenire, ita ut actiones, quas adversus alios habet, ad electum transferat. Add. *L. 3. C. eod.*

77) *L. 3. Cod. de divid. tut.* S. Cujacii Recitat. solem.

3) das beneficium ordinis nicht Statt, wenn der Vormund, welcher nicht selbst gerirt hat, dem Mitvormunde die Verwaltung ausdrücklich übertragen [78]), oder sich auch wohl von demselben hat Sicherheit bestellen lassen. Denn dieser wird eben so angesehen, als ob er die Tutel selbst geführt hätte [79]).

§. 1336. c.

b) Verhältniß mehrerer Vormünder bey getheilter Vormundschaft.

Ist die Vormundschaft getheilt, so kann die Theilung durch Testament, oder durch die Obrigkeit geschehen seyn. Es ist dieses auch immer vorauszusetzen, wenn die Theilung von Wirkung seyn soll. Denn eine Theilung durch bloße Uebereinkunft der Tutoren ist, wie bereits oben bemerkt worden, ohne Einfluß. Die Theilung der Vor-

in Cod. c. l. circa fin. Pistoris cit. Quaest. nr. 10. *Jo. Ortw.* Westenberg Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. XXVII. Tit. 3. §. 13. Hufeland Lehrbuch des gem. Civilrechts. 2. B. §. 1596. Not. b. Anderer Meinung scheint jedoch Voet Comm. ad Pand. Lib. XXVII. Tit. 8. §. 6. zu seyn.

78) Einige halten auch ein mandatum tacitum für hinreichend, z. B. *Paul* Montanus Tr. de iure tutel. et curat. Cap. XXXIX. nr. 194. u. a. Allein da man bey dem Vormund, der ohne Widerspruch den Mitvormund die Tutel verwalten läßt, immer einen stillschweigenden Auftrag annehmen muß; so würde dadurch die Wohlthat der Ordnung ganz vereitelt werden. Man sehe *Andr.* Alciati Comm. in L. 1. Cod. de transact. nr. 11. (*Opp. Tom. III.* pag. 459.) *Hartm.* Pistoris cit. Quaest. 6. nr. 31. et 32. und *Sim. Ulr.* Pistoris in Addit. lit. p. p. 60.

79) *L.* 55. §. 2. *D. h. t.* S. oben S. 361.

mundschaft, sofern sie von dem Testator, oder von der Obrigkeit geschieht, kann nun entweder nach Districten, d. i. nach den Regionen, wo die Vermögens-Massen liegen, oder nach Geschäften vorgenommen werden, so z. B. daß der eine Vormund für die Geldgeschäfte, und Anlegung der Capitalien, der andere für die Verwaltung der liegenden Güter bestellt ist [80]). Die Theilung der Vormundschaft bestimmt also die Gränzen der Verwaltung unter den Mitvormündern, und setzt eben dadurch auch ihrer Verantwortlichkeit ein bestimmtes Ziel. Divisio tutelae, sagt Papinian *libro III. Quaestionum* [81]), administrationi et periculo tutorum modum facit. Durch sie entstehen gleichsam mehrere von einander fast ganz unabhängige Tutelen. So wie also keiner von diesen Vormündern Geschäfte vornehmen kann, die in den Geschäftskreis des Andern einschlagen, mithin keine in den Wirkungskreis des Andern gehörende Zahlung annehmen, oder dahin gehörige Klagen anstellen, oder bey einem solchen Geschäft des Pupillen Auctorität interponiren kann, weil man im Falle einer getheilten Vormundschaft die Sache so betrachtet, als wenn jedem die Administration desjenigen Vermögens untersagt wäre, das dem Andern zu verwalten übertragen worden ist [82]);

80) *L.* 3. §. *ult. L.* 4. *D. h. t. L.* 5. C. *de auctorit. praest.*

81) *L.* 36. *D. h. t.* S. *Hug.* Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XV. cap. 18. §. 15. (Vol. IX. edit. noviss. *Bucher*. Norimb. 1826. pag. 167.)

82) S. von Grolman und von Löhr Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung 3. B. Nr. I. S. 30. Not. 1. und von Löhr kurze Bemerkungen zur Lehre von der Vormundschaft. §. 6. (in dem Archiv für die

eben so wenig haftet auch in der Regel der eine Vormund, oder desselben Bürge für die Verwaltung des andern; sondern jeder ist nur für den Theil der Verwaltung verantwortlich, der ihm besonders angewiesen ward, und er ist auch nicht einmal dann verpflichtet ein Mehreres zu administriren, wenn einer der Mitvormünder hinwegfällt. Er kann nur insofern aus der Handlung des Mitvormundes belangt werden, als ihm ein Dolus oder eine Kulpa zur Last fällt, daß er denselben nicht als suspect angeklagt, oder solches zu spät gethan hat, und es kommt ihm alsdann auch die Einrede nicht zu statten, daß desselben Administration nicht zu seinem Ressort gehört habe [83]). Alles dieses bestätigen folgende hierher gehörige Gesetzstellen.

L. 3. §. 9. *D. h. t.* Ulpianus *libro XXXV. ad Edictum.* Item si dividi inter se tutelam velint tutores, audiendi sunt, ut distribuatur inter eos administratio.

L. 4. *D. eodem.* Idem *libro IX. ad Edictum.* Vel in partes, vel in regiones: et si ita fuerit divisa, unusquisque exceptione [84]) summovebitur pro ea parte, vel regione, quam non administrat.

civilist. Praxis, herausgegeben von Dr. von Löhr, Mittermaier und Thibaut 1. Bandes 1. Heft. Nr. I. S. 15 ff.)

83) Julianus in Collect. de tutelis sagt: *Si divisa sit tutela a testatore vel iudice, unusquisque pro sua administratione tenetur, nisi forte, cum oportebat contutorem removere ut suspectum, omnino non removit.* S. Cujacii Recitation. solemn. in Tit. 52. libri V. Cod. de divid. tut.

84) Wenn nämlich ein Vormund wegen des seiner Verwaltung nicht anvertrauten Vermögens gegen einen Schuld-

L. 9. §. 8. *D. eodem.* IDEM *libr. XXXVI. ad Edictum.* Constat eum, qui ad augmentum datur, utputa ad bona materna, quae postea accesserunt, vel ad quod aliud augmentum, administrare bona pristina non solere [85]. Si autem suspectum facere priorem tutorem supersedit, vel satis ab eo exigere, plectetur.

L. 51. *D. eodem.* VENULEJUS *libro VI. Stipulationum.* Si duo pluresve tutores tutelam administrent, in fideiussorem quidem in solidum per quemlibet eorum committitur stipulatio: at si inter eos

ner des Pupillen klagt, so kann er mit der Einrede zurückgewiesen werden, quod ei non data sit harum rerum administratio.

85) Hier ist die Verwaltung der Vormundschaft schon durch die Bestellung des Vormundes für einen bestimmten Vermögenstheil des Pupillen von selbst getheilt. S. POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XVIII. not. h. Der Vormund aber, dem wegen der Vermehrung des Vermögens seines Mündels ein Curator beygeordnet worden, haftet auch für dessen Handlungen, eben so, als wenn die Vormundschaft ungetheilt wäre. *L.* 9. §. 9. *D. h. t.* wo Ulpian sagt: Per contrarium autem, qui datus est simpliciter tutor pupillo vel curator, si quid postea augmenti accesserit, periculo tenetur: quamvis soleat ad augmentum dari curator, quae res non facit, ut ipsa augmenta non pertineant ad curam priorum (tutorum), ad quos omnis utilitas pupillorum debet pertinere. Dem beygeordneten Curator geht zwar die Verwaltung des früher erworbenen Vermögens nichts an, es fällt ihm aber doch zur Last, wenn er den Vormund als suspect anzugeben, oder von ihm Caution leisten zu lassen verabsäumt hat. S. MÜHLENBRUCH Doctrina Pand. Vol. II. §. 334. a. E.

divisa sit tutela regionibus, quod plerumque fit, et alius urbica negotia, alius peregrina administraret: tunc ex substantia cuiusque rei aut committi contra fideiussorem stipulationem, aut non committi dicemus. *Nam licet omnes tutores sint, et tutelam gerant, tamen cum quis de ea re, quae extra suam regionem erit, experiri vel ad iudicium vocari coeperit: perinde non committitur stipulatio, atque si ei administratio tutelae permissa non esset: quantum enim facit in totum denegata, tantundem valet, si in ea re, de qua agitur, denegata sit.*

L. 3. §. 7. *D. Judicatum solvi.* Ulpianus *libro LXXVII ad Edictum.* Si tutor esse proponatur regionis alicuius, vel provinciae, vel rerum Italicarum, consequens erit dicere, stipulationem ita demum committi, si ex ea causa egerint, quae ad administrationem eorum pertinebat.

L. 100. *D. de solution.* (XLVI. 3.) Paulus *libro* X. *Responsorum.* Quaero: an curatoribus vel tutoribus in provincia datis Romae pecunia solvi possit, quae in provincia ita ab his foenerata esset, ut Romae solveretur, cum iidem curatores vel tutores rerum Italicarum administrationem non sustineant, an, si solverit, debitor liberetur? Paulus respondit: his tutoribus vel curatoribus recte pupillo pecuniam debitam solvi, qui negotia eius administrant: *eos autem, qui provincialium rerum curatores vel tutores sunt, Italica negotia administrare non solere*, nisi specialiter tutores provincialium rerum, ut sibi Romae redderetur, promitti curaverunt.

L. 5. *C. de auctorit. praestanda.* (V. 59.) Imp. JUSTINIANUS A. Joanni P. P. Sancimus, si plures tutores fuerint ordinati, sive in testamento paterno, sive ex lege vocati, sive a iudice — dati: unius tutoris auctoritatem pro omnibus tutoribus sufficere, ubi non divisa est administratio, vel pro regionibus, vel pro substantiae partibus: *ibi etenim necesse est singulos pro suis partibus vel regionibus auctoritatem pupillo praestare.*

L. 2. *C. de periculo tutor. et curat.* (V. 38.) Imp. ALEXANDER A. Saturo. Ad eos, qui in alia provincia tutelam administrant, periculum administrationis ex persona tutorum, qui in alia provincia res pupilli gerunt, non porrigitur.

L. 2. *C. de divid. tutela* (V. 52.) In divisionem autem administratione deducta, sive a Praeside, sive testatoris voluntate: unumquemque pro sua administratione convenire potest (sc. adolescens), periculum invicem tutoribus seu curatoribus non sustinentibus: nisi per dolum aut culpam suspectum non removerunt, vel tarde suspicionis rationem [86]) moverunt, cum alter eorum non solvendo effectus sit, vel suspicionis causam agendo sua sponte iura pupilli prodiderunt. Nec prodest eis dicentibus, (eum [87])) contutorem suum non administrasse res pupillares.

86) *Rationem* lesen alle Ausgaben, die ich verglichen habe, glossirte, und nicht glossirte. Russard meint jedoch, es müsse *actionem* gelesen werden, worunter nämlich die actio de suspecto zu verstehen sey.

87) Das *eum* scheint hier ganz überflüssig zu seyn. RUSSARD bemerkt, es fehle in allen seinen Handschriften, und

L. 39. §. 8. *D. h. t.* PAPINIANUS *libro V. Responsorum.* Patruus testamento fratris filio tutor datus, quum in Italia domicilium haberet, tam Italicarum rerum, quam provincialium administrationem suscepit, atque ita pecuniam ex venditionibus Romae refectam in provinciam traiecit, et in calendarium pupilli convertit. Tutor in locum eius Romae substitutus [88]), administrationem pecuniae, quae non pertinet ad tutelam suam, suscipere non cogitur.

L. 55. *pr. D. h. t.* TRYPHONINUS *libro XIV. Disputationum.* Tres tutores pupillo dati sunt. — Plane si pecunia numerata pupilli inter eos distributa est, non in maiorem summam quisque eorum, quam accepit, tenetur.

Die Theilung einer Vormundschaft nach **Provinzen** hat in Ansehung des Processes auch noch die besondere Wirkung, daß wenn Pupillen oder Minderjährige klagen

könne wegbleiben. In der Ausgabe des *Claud.* CHEVALLONIUS *Paris* 1526. 8. fehlt es auch, sonst habe ich es in allen übrigen Ausgaben gefunden, die ich verglichen habe.

88) *Jac.* CUJACIUS in Comment. in Libr. V. Responsor. Papiniani ad h. L. (*Opp. postum.* Tom. I. p. 197.) nimmt hier den Fall an, daß der testamentarische Vormund seinen Wohnsitz verändert habe, und nachdem er die dort befindlichen Sachen seines Mündels zu Gelde gemacht, von Rom weg, in die Provinz gezogen sey, und daselbst die Pupillen-Gelder verzinslich ausgeliehen habe. Darum sey in Rom an seine Stelle ein anderer Vormund ernannt worden, dem also diese Gelder nichts angingen.

oder belangt werden, die Klage nur von denjenigen Vormündern anzustellen, und denjenigen Tutoren zu insinuiren ist, denen die Verwaltung desjenigen Vermögenstheils obliegt, welchen der anzufangende Proceß betrifft. Die Vormünder der andern Provinz sollen nicht zugleich vor Gericht gezogen werden. Dieses beruhet auf einer Verordnung des Kaisers Constantin des Großen, welche wir vollständig im Theodosianischen Codex [89]) finden, von wel

89) Lib. II. *Cod. Theod.* Tit. 4. *de denuntiatione vel editione rescripti* const. 1. Da lautet sie folgendermassen. Imp. Constantinus Aug. ad Symmachum (*Procons. Achajae*) Si quando minoribus vel adultis inferenda lis erit, vel ab ipsis minoribus vel adultis cuidam quaestio movenda sit, non alias cursus temporis inchoetur, nisi ab universis, quos officii sollicitudo constringit, hoc est, tutoribus, sive testamento, sive decreto dati sint, vel curatoribus, per quos minores defenduntur, vel iisdem omnibus solenni more lis fuerit intimata. §. 1. *Quodsi divisum administrationis periculum per provincias sit, his tantum omnibus insinuari convenit, et ab ipsis inferri litem, qui in ea provincia tutelae vel curae officium sustinent, ne aliis de provinciis defensores minorum ad iudicia producantur.* So erscheint diese Constitution nach einem richtigern Text, als wir sie bey Gothofredus Tom. I. Cod. Theod. p. 111. nach der Ritterschen Ausgabe lesen, in Hugo iure civ. Antejustinian. Tom. I. pag. 300. und bey Wenck in Cod. Theodos. libris V. priorib. p. 95. sq. Es ist hier von derjenigen feyerlichen litis denunciatio die Rede, mit welcher zu den Zeiten der Kaiser der Proceß seinen Anfang nahm. Ich habe davon in meinen Opuscul. iurid. Fasc. II. pag. 356 — 365. ausführlich gehandelt. Da diese litis denunciatio zu Justinians Zeiten längst ausser Gebrauch war, wie er selbst §. 15. *J. de Action.* sagt, so blieb der erste Theil die-

cher aber Justinian in seinen Codex, mit Hinweglaßung des ersten Theils derselben, nur den zweyten aufgenommen hat. Hier befindet sich diese Constitution Lib. V. Tit. 40. *Si ex pluribus tutoribus, vel curatoribus omnes vel unus agere pro minore, vel conveniri possint*, wo Justinian *L. 2. h. t.* dem Constantin sagen läßt, mit dem jedoch in der Inscription noch Licinius Caes. verbunden ist.

Si divisum administrationis periculum per provincias sit: his tantum omnibus insinuari convenit, et ab ipsis inferri litem, qui in ea provincia tutelae vel curae officium sustinent: *ne de aliis provinciis defensores minorum ad iudicia perducantur*.

Die Theilung der Vormundschaft geht jedoch immer nur die Vormünder an, deren Geschäftskreis dadurch begränzt wird, auf Dritte, welche Gläubiger oder Schuldner des Pupillen oder Minderjährigen sind, hat sie keinen Einfluß. So wie sie daher den Gläubiger des Mündels nicht hindert, jeden Vormund zu belangen; so hindert sie auch den Schuldner des Pupillen nicht, das in Compensation zu bringen, was dieser aus einem Contract zu fordern hat, der nicht gerade zu dem Geschäftszweige des klagenden Vormundes, sondern des andern Vormunds, gehört. Papi-

ser Constitution im Justin. Codex weg, und das Gesetz mußte nun auch in einem andern Sinn genommen werden. Man vergleiche noch *Jac.* Gothofredi Comment. ad h. L. 1. Cod. Theod. von Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der Röm. Kaiser von Constantin I. bis Valentinian III. S. 23. und Desselben kurze Bemerkungen zur Lehre von der Vormundschaft; im Archiv für die civilist. Praxis XI. B. Nr. 1. §. 6. S. 18.

man läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er in einer aus desselben *libro tertio Quaestionum* genommenen Stelle, der *L.* 36. *D. h. t.* sagt:

Inter tutores divisa tutela est: aequitas, quae merum ius compensationis inducit[90], propter officium et personam agentis tutoris non differtur. Nam divisio tutelae, quae non iuris, sed iurisdictionis est[91], modum administrationi facit, et inter ipsos locum habet, nec experiri[92] cum pupillo volentibus obstare debet.

Mit ihm stimmt auch Scävola überein, welcher *L.* 47. §. 7. *D. h. t.* aus *Libro II. Responsorum*, sagt:

Tutor rerum Italicarum conventus a creditore provinciali, ubi rem pupillus habuit, solvit. Quaesitum est: an id tutelae iudicio reputari potest? Respondi: nihil proponi, cur non possit.

90) D. h. die Billigkeit, vermöge welcher die Compensation ipso iure geschieht, wird durch das Amt des Vormundes, der nur für einen besonderen Geschäftszweig angestellt ist, nicht aufgehoben.

91) D. i. die Theilung der Tutel geschieht nicht ipso iure, sondern ist nur Folge einer obrigkeitlichen Bestimmung für die Art der Verwaltung derselben. Sie darf also dem Gläubiger um so weniger zum Nachtheil gereichen, da, in Ansehung der in Compensation gebrachten Forderung, nicht der Vormund, sondern der Pupill sein Schuldner ist, dessen Stelle nur der Vormund im Proceß vertritt. S. *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. Lib. XVI. Tit. 2. §. *Simile exemplum.* (*Opp.* Tom. II. pag. 362.)

92) Der Ausdruck *experiri*, wird zwar sowohl vom Kläger als dem Beklagten gebraucht, doch häufiger noch vom Kläger, als dem Beklagten. S. Brissonius h. v.

Sollten aber nicht diese Gesetze durch die Verordnung des Kaisers Constantin abgeändert worden seyn? Dieß meint Pothier[93]). Justinian, sagt er, habe das Gesetz des Kaisers Constantin in einem andern Sinn in seinen Codex aufgenommen, als in welchem es ursprünglich genommen worden sey, nämlich in dem, daß im Falle einer Theilung der Vormundschaft, die unter Mitwirkung der Obrigkeit geschehen ist, ein Vormund nicht aus Geschäften belangt werden könne, welche zur Vermögensverwaltung einer andern Provinz gehören, für welche ein anderer Vormund bestellt ist. Allein richtiger haben Cujaz[94]) und Jacob Gothofredus[95]) dargethan, daß die angeführten Gesetze der Pandecten mit der Verordnung des Kaisers Constantin in keinem Widerspruche stehen. Denn die letztere geht nur dahin, daß wenn ein Gläubiger des Pupillen gegen den Vormund der einen Provinz klagt, die Klage nicht auch dem Vormunde der andern Provinz brauche insinuirt, mithin dieser nicht brauche zu dem Proceß hinzugezogen zu werden. Daraus folgt ja aber nicht, daß der Vormund, der für die Angelegenheiten in einer gewissen Provinz angestellt ist, nicht könnte aus einem Contract belangt werden, der in der andern Provinz geschlossen worden, für welche ein anderer Vormund ernannt ist. Nur dem Vormunde, wenn er aus einem Contract seines Mündels klagt, welcher nicht in seinen, sondern in den Geschäftskreis des

93) Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XX. not. b. p. 111.

94) Commentar. in Libr. III. Quaest. Papiniani ad L. 56. D. h. t. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 82.)

95) Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de denunciat. vel editione rescripti. Tom. I. *Cod. Theod.* pag. 112. edit. *Ritter.*

andern Vormunds einschlägt, kann die Einrede entgegengesetzt werden, daß er sich in Angelegenheiten mische, die nicht zu seinem Ressort gehören, aber den Gläubigern kann die Einrede der getheilten Vormundschaft nicht entgegenstehen. Daher kann der Vormund dem Gläubiger des Pupillen Zahlung leisten, und diese in Rechnung bringen, wenn er auch aus einem solchen Contract belangt worden, der nicht in seiner Provinz geschlossen worden ist, wie Scävola entschieden hat. Das Gesetz des Kaisers Constantinus will also nur soviel sagen, wenn gegen einen Vormund Klage erhoben wird, so ist es genug, wenn die Klage dem Vormunde der Provinz insinuirt wird, wo geklagt worden ist, sie braucht nicht auch zugleich dem Vormund der andern Provinz insinuirt zu werden. Mit Recht sagt daher der große Jacob Gothofredus. Sic igitur statuamus, divisa inter tutores tutela, denunciari illis tantum a creditore pupillari, qui in ea provincia officium sustinent, experiri tamen cum quolibet eundem posse. Et ita quidem, neque aliter conciliari oportet dictam *legem* 36. *D. h. t.* cum *L.* 2. *C. Si ex pluribus tutorib.* [96]).

Mit Recht sagte Papinian in der oben angeführten Stelle [97]), die Theilung der Tutel sey nicht iuris, sondern iurisdictionis. Die Theilung ist nur factisch, ipso iure ist die Tutel ungetheilt [98]). Ist daher auch die Vor-

96) Mit mir stimmt auch von Wening-Ingenheim im Lehrbuche des gemeinen Civilrechts. 2. B. §. 412. S. 106. der dritten Aufl. überein.

97) *L.* 36. *D. h. t.*

98) S. Noodt Comm. ad Dig. Tit. de compensat. (*Opp.* T. II. pag. 362.)

mundschaft unter den mehreren Vormündern nach Districten getheilt; so bleiben sie doch immer Vormünder eines Mündels, wenn sie auch wegen des einem jeden angewiesenen besondern Wirkungskreises unter sich als ganz verschiedene von einander unabhängige Tutoren betrachtet werden. Dieß hat nun die wichtige Folge, daß sie nicht wissentlich und arglistig zum Nachtheil des Mündels handeln, noch Handlungen unterlassen dürfen, die ihnen ihr Verhältniß zum Mündel gebietet[99]). Sie müssen daher über Angelegenheiten, welche auch den Vormund einer andern Region in seinen Geschäften betheiligen, einander die nöthige Kenntniß verschaffen, sie dürfen also die ihren Mitvormund betreffenden Urkunden und Schriften demselben nicht vorenthalten. Hieher gehört folgende merkwürdige Stelle.

L. 47. §. 2. *D. h. t.* SCAEVOLA *libro secundo Responsorum.* Tutores dati ad res Italicas, instrumenta Romae reperierunt debitorum provincialium, *ut pecunia Romae, aut ubicunque petitum fuerit, solvatur.* Quaero: cum neque debitores in Italia essent, neque eorum praedia: an haec exactio ad Italicae rei tutores pertineat? Respondi: *si provincialis contractus esset, non pertinere: respicere tamen ad officium eorum, ne instrumentorum ignorantia contractus eos, ad quos administratio pertinet, lateret.*

Sie dürfen auch die in ihrem Bezirke vorzunehmenden Handlungen, deren rechtliche Nothwendigkeit sie kennen,

99) S. *Hug.* DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. XV. cap. 18. §. 16. (Vol. IX. *edit. noviss. Bucher.* p. 168. sq.) und von Löhr angeführte kurze Bemerkungen §. 6. (im Archiv für die civilist. Praxis. B. XI. S. 18.)

nicht, ohne eigene Verantwortlichkeit, verabsäumen, wenn auch ihr Resultat Geschäfte betreffen sollte, die nicht für sie, sondern zu dem Geschäftszweige der Vormünder einer andern Region gehören. Papinian giebt *libro V. Responsorum* ein merkwürdiges Beyspiel davon. Es ist daraus die *L.* 39. *D. h. t.* genommen, welche §. 3. folgendermassen lautet.

Heres institutus, qui non habuit substitutum, prius, quam hereditatem adiret, quam impuberi restituere debuit, vita decessit. Cum hereditas *in Italia* esset, scriptus autem heres *in provincia* vita decessisset, *tutores provincialium rerum culpae nomine condemnandos existimavi*, *si causam testamenti non ignorantes utilitatem impuberis deseruerunt:* nam hereditatis in provincia fideicommisso restituto, *causam* quidem *iuris* expediri potuisse, *rerum* autem *administrationem* ad eos recidere debuisse, *qui tutelam in Italia suscepissent*.

Der Fall, den Papinian hier entscheidet, war also der. Es hatte Jemand in Italien den Titius, der in der Provinz wohnte, zum Universalerben eingesetzt, und diesen gebeten, die Erbschaft einem Andern zu restituiren, der noch unmündig war. Die Erbschaft lag in Italien. Der Unmündige hatte mehrere Vormünder. Einige für das Vermögen in Italien, andere für seine Angelegenheiten in der Provinz. Der Erbe starb noch vor der Antretung der Erbschaft, und das Fideicommiß ging hiermit zu Grunde[100],

100) *L.* 9. *D. de testam. tut.* *L.* 13. §. 3. *D. ad SCtum Trebell.* *L.* 40. §. 1. *L.* 64. §. 2. *D. eodem.* S. *Jac.* Cujacii Comment. in Libr. V. Responsor. Papiniani ad h. L. 39. h. t. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 191. sq.)

denn es war weder ein Miterbe, noch Substitut e Hätte der Erbe noch bey seinem Leben die Erbs getreten, so wären die Erben desselben zur Restitu Fideicommisses verbunden gewesen [2]). Allein er h Erbschaft gar nicht auf seine Erben transmittirt. war also für den Pupillen verloren. Nun entstan Frage, welche Tutoren sind dafür verantwortlich? pinian ist der Meinung, bloß die tutores provin lium rerum allein hätten sich hier einer Nachläßig schuldig gemacht, weshalb sie dem Pupillen haften mü ten. Denn kannten sie den Inhalt des Testaments, hätten sie den Erben, der in der Provinz wohnte, nöthige sollen, die Erbschaft anzutreten, und zu restituiren. Die Erbschaft lag zwar nicht in der Provinz, sondern in Italien; allein dieß konnte sie nicht hindern, das zu thun, was nach Maßgebung der Gesetze hätte geschehen sollen. Denn es kam hier auf keine wirkliche Restitution der körperlichen Erbschaftssachen an, die auch nicht möglich war, weil die Erbschaft in Italien lag. Eine Verbal-Restitution der Erbschaft an den Pupillen unter Auctorität der Provinzial-Vormünder hätte genügt, denn auch dadurch gehen alle Rechte und Forderungen des Verstorbenen auf den Fideicommissar über [3]). Dieß ist, was Papinian meint, wenn er sagt: *nam hereditatis in provincia*

1) Wäre ein Substitut ernannt worden, so wäre nach dem Tode des Erben die Erbschaft cum onere fideicommissi, nach einem Rescript der Kaiser Severus und Antoninus, auf diesen übergegangen, quasi voluntate testatoris repetita a substituto. *L. 74. D. de legat. I. L. 61. in fin. D. de legat. II.*

2) *L. 40. §. 1. L. 64. §. 2. D. ad SCt. Trebell.*

3) *L. 37. pr. et §. 2. D. eodem.*

restituto[4]), *causam quidem iuris* *fisse*; d. h. wie Accursius diese Worte ...ärt hat, mit Recht hätten die Vormünder ...z bitten können, daß der Erbe genöthiget ...Erbschaft anzutreten, und sie dem Pupillen zu restituiren. Denn die Restitution der fidei...hen Erbschaft wird an dem Orte gebeten, wo ...wohnt[5]). Diese causa iuris, d. i. die recht...olgung des Fideicommisses unterscheidet nun Pa... von der Verwaltung der in der fideicommissari...rbschaft begriffenen Sachen. Letztere würde den ...us Italicis anheimgefallen seyn, weil die Erbschaft ...ien lag. Die causa iuris aber hätte von den Pro...l-Tutoren vollzogen werden sollen, weil der Erbe Domicilium in der Provinz hatte. Daher waren diese ...n an dem Verlust der Erbschaft Schuld[6]).

Sind ferner die Vormünder blos auf einen bestimm...n District beschränkt, und es kommen Angelegenheiten in ...nem andern District zu besorgen vor, für welche noch keine Vormünder bestellt sind, so ist es Pflicht derselben, um die Bestellung solcher Vormünder nachzusuchen, wenn sie wissen, daß der Mündel derselben bedarf. Papinian sagt an demselben Orte, *L.* 39. §. 7. *D. h. t.*

Rerum provincialium tutores, *in urbe causas*

4) Id est, *restitui petito*. S. *Gail. Ott.* Reitzii Adnotation. sporad. Nr. IX. (in Püttmanni *Opuscul. iurid. ex Observationib. miscellan. Batav. in unum volum. collect. Halae* 1782. 8. pag. 152.)

5) *L.* 50. §. 2. *D. de iudiciis.*

6) S. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXII. not. f. pag. 111.

appellationis impuberum agentes, rerum rum curatores ut impuberibus constituan officium suum revocare debent: alioquin, in provinciam redierint, dolum aut culpam in ea quoque parte recte iudex conveniet.

Darf sich nun gleich bey einer getheilten Vo schaft ein Vormund in die Geschäfte des Andern nic mischen; so muß doch Einer den Andern beobachten, wenn er von der schlechten Verwaltung seines Mitvor des Kenntniß erlangt, auf dessen Entfernung antra Zwar kann ein Vormund den andern durch eine geri liche Klage nicht nöthigen, daß er ihm Rechnung ablege allein gerade die Verweigerung des Mitvormundes, über seine Handlungen Rede und Antwort zu geben, kann di Veranlassung geben, ihn bey der Obrigkeit als verdächtig anzuklagen, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 14. *D. h. t.* Paulus *libro VIII. Brevium.* Etiam contutoris factum imputatur collegae, si potuit et debuit suspectum facere: interdum et si debuit satis petere. Nam si idoneus subito lapsus sit, nihil collegae imputari potest.

L. 19. *D. eodem.* Ulpianus *libro primo Responsorum.* Actus sui rationem tutorem contutori reddere non esse compellendum: *sed nisi cum eo administrationem communicet, aut si non ex fide curam gerat*, suspectum postulari posse.

L. 29. §. 1. *D. de Excusat.* Marcianus *libro II. Institutionum.* Facilius autem exsulis ignorantia, qui contutorem suspectum facere non potuerit, veniam habebit.

§. 1336. d.

Verhältniß mehrerer Vormünder, von denen der eine gerens, der andere honorarius ist.

Wir haben bisher von dem Verhältniß mehrerer Vormünder gehandelt, welche sämmtlich gerirende sind. Nun wäre der andere Fall noch übrig, wenn von den mehreren Vormündern der eine gerens, der andere tutor honorarius ist. Daß in diesem Falle der honorarius nur insofern verantwortlich sey, als er es an gehöriger Aufsicht fehlen ließ, oder die Entfernung des suspecti gerentis zu bewirken versäumte, ist schon oben [7]) ausgeführt worden. Tutores honorarii haften daher für den von den verwaltenden Vormündern zugefügten Schaden nur in subsidium, wenn jene zuvor, so wie auch die Bürgen derselben, sind ausgeklagt, und insolvent befunden worden sind [8]). Die Frage, ob nicht dem tutor honorarius das Recht zustehe, unter vorkommenden Umständen auch Acte der Verwaltung vorzunehmen, ist ebenfalls oben [9]) ausführlich erörtert worden.

Es wäre also nur noch die Frage übrig, ob der tutor honorarius noch vor dem Magistrate, oder erst nach demselben in Anspruch zu nehmen sey? Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind hier getheilt. Diejenigen, welche nur in Ermangelung jedes andern Weges eine Klage gegen den Magistrat gestatten wollen [10]), haben dadurch zugleich nicht

7) S. den 29. Th. §. 1304. S. 178.

8) *L. 3. §. 2. D. h. t. L. 5. 6. et 7. D. de fideiussor. et nominator. tutor.*

9) S. den 29. Th. §. 1304. S. 184 — 191.

10) *Gottl.* Hufeland Lehrbuch des gemein. Civilrechts 2. B. §. 1950. *Chr. Frid.* Mühlenbruch Doctr. Pan-

undeutlich ausgesprochen, daß die tutores honorarii noch vor dem Magistrate ausgeklagt werden müßten. Andere [11]) hingegen behaupten geradezu, daß die tutores honorarii, sofern ihnen überhaupt etwas zur Last gelegt werden kann, nur in subsidium hafteten, und daher erst nach dem Magistrat in Anspruch genommen werden könnten. Noch andere [12]) unterscheiden, ob den tutor honorarius der Vorwurf trifft, daß er den tutor gerens nicht als suspect angeklagt, und auf dessen Entfernung gedrungen hat, oder nicht. Im ersten Falle hafte er vor der Obrigkeit, in dem andern aber sey der Magistrat vor ihm zu belangen. Wir haben kein ausdrückliches Gesetz, welches unsere Frage entscheidet. Ich glaube indessen, der tutor honorarius müsse immer vor dem Magistrat belangt werden. Denn so ist es bey den Contutoren, daß der, welcher den

dectar. Vol. II. §. 336. Siegm. Wilhelm Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts bis Justinian 1. B. 2. Abth. §. 250. a. E.

11) *Wolfg. Ad.* Lauterbach Exerc. acad. de honorario tutore. (*Tüb.* 1655.) Cap. III. §. 30. nr. 7 — 11. *David* Scheinemann Diss. de subsidiaria actione contra magistratus. (*Tüb.* 1663.) §. XXXIV. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. P. II. Lib. XXVII. Tit. 8. Qu. 1. *Jul. Frid.* Malblanc Diss. de tutela honoraria. §. 7. nr. 8. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 542. S. 415. (der 7. Ausgabe) und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. §. 412. a. E. S. 107. (der 3. verb. Auflage.)

12) *Hub.* Giphanius Explanat. difficilior. et celebrior. Legg. Cod. Lib. V. ad L. 2. de dividenda tut. pag. 464. und von Löhr kurze Bemerkungen zur Lehre von der Vormundschaft §. 2. (im Archiv für die civilist. Praxis. B. XI. 1. Heft. S. 5. ff.)

Mitvormund als suspect anzuklagen unterließ, vor dem Magistrat haftet [13]. Nun beruht gerade darin der Grund der Verschuldung des tutor honorarius. Ulpian sagt *L.* 3. §. 2. *D. h. t.* Imputabitur eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, *suspectum eum non fecerunt.* Vielleicht deutet auch schon die Ordnung der Titel darauf hin, daß der Magistrat erst nach allem, was Tutor heißt, und für denselben haftet, zu belangen sey. Denn der Titel *de magistratibus conveniendis* ist im Codex gerade der letzte von denen, die von Vormundschaften handeln (V. 75.); und in den Pandecten folgt dieser Titel erst auf den Titel *de fideiussoribus et nominatoribus et heredibus tutorum et curatorum.* (XXVII. 7.) Deswegen nennt auch wohl Justinian [14] die subsidiaria actio gegen den Magistrat das ultimum praesidium der Pupillen und Minderjährigen.

Man will den tutor notitiae causa datus dem honorarius tutor gleichsetzen [15]. Allein die Gesetze zählen jenen vielmehr zu den tutores gerentes [16]. Paulus sagt in der *L.* 32. §. 1. *D. de testam. tut.* eum quoque, *qui propter rerum notitiam tutor datus est*, per-

13) *L.* 1. §. 16. *D. de tut. et rat. distr.* *L.* 46. §. 6. *D. h. t.* *L.* 2. et 3. *D. de magistrat. conven.*

14) §. 2. *J. de satisdat. tutor. vel curator.*

15) S. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemein. Civil-Rechts. a. a. O.

16) S. *Paul.* Montanus de iure tutelar. et curation. Cap. VII. nr. 18 — 21. Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 334. circ. fin. pag. 204. und den 29. Th. dieses Commentars. §. 1304. S. 191.

inde in omnibus et administrationis et accessionis iure conveniri posse, *atque ceteros tutores*, qui eodem testamento dati sunt [17]).

Was übrigens in diesem Titel von der Administration der Tutel gesagt worden ist, gilt auch von der Curatel, weil in Rücksicht auf gestio Tutoren und Curatoren einander vollkommen gleichstehen [18]).

17) Man sehe auch *L. 1. C. de peric. tutor. et curat.* (V. 38.)

18) S. von Löhr über die Röm. Begriffe von Tutel und Curatel. §. 9. (in von Grolman und von Löhr Magazin für Rechtswissensch. u. Gesetzgeb. 3. B. S. 41. ff.)

Lib. XXVI. Tit. VIII.

De auctoritate et consensu tutorum et curatorum.

§. 1337.

Worin besteht die auctoritas tutoris?

In Ansehung der Administration und des davon abhängenden Periculum ist also kein Unterschied zwischen Tutel und Curatel. Allein die Tutel über Unmündige hat, wie schon an einem andern Orte [19]) aus Ulpian [20]) bemerkt worden ist, zwey Bestandtheile, welche von einander ganz unabhängig sind. Sie begreifft nicht nur die Verwaltung der Geschäfte des Pupillen, sondern auch die Ergänzung seiner Person durch auctoritatis interpositio in sich. Nur durch das Letztere unterscheidet sich die Tutel von der Curatel, wie auch schon an dem angezeigten Orte ausführlich dargethan worden ist. Das Wort *auctoritas*, ein vieldeutiges Wort [21]), welches sich aber auf die

19) S. den 29. Th. §. 1298 a. S. 6. ff.

20) *Fragm. Tit. XI.* §. 25.

21) S. Ernesti Clav. Ciceron. h. v. und Brisson. de Verb. iuris Signif. h. v.

juristische Urbedeutung zurückführen läßt, wornach es das bey einem Rechtsverhältniß zur Begründung desselben erforderliche rechtliche Moment bezeichnet, welches dem dabey vorkommenden factischen Moment die Rechtsgültigkeit verschafft[22]), wird gewöhnlich von augere abgeleitet. Es soll aber dafür richtiger, wie Franz Balduin[23]) will, und nach ihm Friedrich Ballhorn, genannt Rosen[24]), noch ausführlicher darzuthun sich bemüht hat, ohne c. *autoritas* geschrieben werden, und von dem griechischen Worte αὐτος, oder αὐτωρις abstammen, wodurch etwas Selbstständiges, Unabhängiges, allein Handelndes angedeutet wird. *Autoritas* drücke also in seinem ursprünglichen Sinn die Eigenschaft eines αὐτωρις, die Selbstständigkeit, Unabhängigkeit aus, welche die Griechen[25]) mit dem Worte αὐθεντια bezeichnen. Daß man *autoritas*, und nicht auctoritas, schreiben müsse, soll auch die Uebereinstimmung mit andern Sprachen, z. B. mit der Spanischen, Italiänischen, Englischen und Französischen beweisen, wo überall kein c. gelesen und ausgesprochen wird. Die *Autoritas* des Tutors mache nun einen ganz für sich bestehenden Zweig der Privat-

22) S. Cicero *Orat. pro Caecina.* cap. 26. *L. ult. D. de aqua et aqu. pl. arc.* und Ge. Fried. Puchta Civilist. Abhandlungen (Leipzig und Berlin 1823. 8.) Nr. I. §. 4. S. 37. und §. 6. S. 46. f.

23) Προθεωρια in Tit. Institut. de auctoritate tutor. I. 21. Commentar. pag. 128.

24) Ueber das Dominium, ein Titel aus Ulpians Fragmenten. (Lemgo 1822. 8.) IV. Excurs. S. 246. ff. besonders S. 277. f.

25) S. Theophila Paraphr. gr. J. ad Tit. de auctor. tutor. Basilica *Lib. II. Tit. I. Const.* 51. (Tom. I. pag. 33.)

Autoritas aus. In sofern nämlich, als die Tutel ein munus publicum ist, könne man den Tutor als eine aufsehende, regierende, über dem Pflegbefohlnen und dessen Vermögen waltende Staatsbehörde betrachten; seine *Autoritas*, als eine vom Staate verliehene, in der öffentlichen Gewalt gegründete. — Privatrecht aber sey in sofern dabey sichtbar, als die Eigenschaft, welche die von Seiten des Pflegbefohlnen vorgenommenen Rechtshandlungen durch eine Willens-Aeusserung des Tutors bekommen, dieselben erst zu privatrechtlich gültigen Handlungen macht, und der Tutor nicht nur für das, was er thut, seinem Pflegbefohlnen verantwortlich wird, sondern auch für die Gültigkeit der von ihm Namens des Pflegbefohlnen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, soweit er dabey thätig gewesen, dritten Personen haften muß.

Allein so gelehrt auch diese Meinung ausgeführt ist, so trage ich doch Bedenken, die gemeine Ableitung des Worts zu verlassen. Denn sollte nicht gerade der hier zuletzt angegebene Umstand beweisen, daß die auctoritas des Vormunds keine selbstständige und unabhängige Gewalt sey? Wenn die Gesetze sagen, die Tutel sey ein munus publicum, so hat dieß auch eine ganz andere Bedeutung, wie schon an einem andern Orte[26]) ausführlicher gezeigt worden ist, und gerade da, wo der Vormund allein und selbstständig handelt, kommt keine auctoritas vor. Das Wort *auctoritas*, sagt vielmehr Gundling[27]), ist ein vocabulum relativum, welches ohne Absicht auf den unvollkommenen Consens desjenigen, der älter als ein Kind ist,

26) S. den 29. Th. §. 1299. S. 40 — 49.

27) S. Gundlingiana St. XXIX. Nr. VI. de auctoritate tutorum. §. 5. S. 367.

nicht mag verstanden werden. Denken wir nun an die oben angegebene juristische Urbedeutung dieses Worts, so kommt hier das nämliche Verhältniß vom factischen und rechtlichen Moment in zwey Personen getheilt vor. Die *auctoritas tutoris* ist das rechtliche Moment, welches zur Begründung eines Rechtsverhältnisses bey den verbindlichen Handlungen des Mündels erforderlich ist[28]. Der Tutor ergänzt durch seine Auctorität den Willen seines Mündels, der, als eine unvollständige Person, erst, vom Tutor ergänzt, seinen Willen vollkommen gültig erklären kann. Diese Ergänzung ist es, welche die rechtliche Gültigkeit des Verhältnisses begründet, und hier *auctoritas* genennt wird. Es wird also mit einem c. richtiger geschrieben, und daher auch richtig von augere hergeleitet, welches denn hier soviel heißt, als supplere id, quod deest legitimae personae pupilli in rebus agendis. Denn die Gesetze[29]) sagen, *infirmum pupilli iudicium suppletur et regitur auctoritate tutoris*[30]). Was ist also *auctoritas tutoris?* Paulus sagt *libro VIII. ad Sabinum*[31]). Etiamsi non interrogatus tutor auctor fiat, valet auctoritas eius, *cum se probare dicit id, quod agitur:* hoc est enim AUCTOREM FIERI. Es ist demnach die *auctoritas tutoris* nichts anders, als diejenige civilrechtliche Handlung, da der Vormund, persönlich gegenwärtig, ein Rechts-

28) S. Pucht a angef. civilist. Abhandlungen. S. 47.

29) *L.* 32. §. 2. *D. de acquir. vel amitt. possess.*, *L.* 25. *D. de manumiss. vindicta.*

30) S. *Jo. Guil.* MARCKART **Probabilia receptar. Lection. iur. civ.** P. I. pag. 76.

31) *L.* 3. *D. h. t.*

geschäft seines Mündels, wodurch derselbe verbindlich gemacht werden soll, sobald es abgeschlossen ist, ausdrücklich und unbedingt genehmiget, und durch diese seine Zustimmung dem Geschäft rechtliche Gültigkeit verschafft [32]). Ganz verschieden davon ist der *consensus curatoris*; denn keinem Curator ist die auctoritatis interpositio gestattet, wie ich schon an einem andern Orte [33]) gezeigt habe, wo auch der Unterschied zwischen *auctoritas* des Tutors, und *consensus* des Curators näher angegeben worden ist.

Die auctoritas tutoris ist nun 1) eine civilrechtliche Handlung, welche alle die Eigenschaften eines actus legitimi hat, die in der *L.* 77. *D. de regulis iuris* den Rechtshandlungen dieser Art beygelegt werden [34]),

32) Man vergleiche über diese Materie *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. (*Opp.* Tom. II. pag. 561. sqq.) *Hug.* Donelli Commentarior. de iure civ. Lib. III. cap. 13. (Vol. II. pag. 168. *edit. noviss. Norimb.* 1805. 8.) besonders *Franc.* Balduini Commentar. in Institut. Justin. Lib. I. Tit. 21. pag. 119. sqq. und Rygerbos Observation. Jur. Rom. Cap. 9.

33) S. den 29. Th. §. 1298. a. S. 10 — 12. Man vergleiche auch Mühlenbruch Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 326. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. §. 406. der dritten Aufl.

34) Daß die Lesart der Florentine: Actus legitimi, *qui recipiunt diem* vel conditionem, obwohl *Jac.* Cujacius Observat. Lib. XV. cap. 16. sie zu vertheidigen sucht, unrichtig sey, ist jezt entschieden. Die Richtigkeit der gemeinen und Haloandrinischen Lesart: qui *non* recipiunt diem, sezt eine Coislinianische Handschrift von den Basiliken ausser Zweifel, welche hier voll-

wenn sie auch nicht ausdrücklich genannt ist. Jac. Gothofredus [35] behauptet zwar, daß die *L.* 77. blos auf die einzelnen vom Papinian angeführten Rechtshandlungen zu beschränken sey, als für welche der römische Jurist die Unzulässigkeit der Hinzufügung von Bedingungen und Zeitbestimmungen darum als Regel habe aufstellen wollen, weil sich bey diesen die Ausschließung eines jeden, durch Bedingungen oder Zeitbestimmungen herbeyzuführenden, Aufschubs bereits aus ihrer juristischen Bestimmung ergebe, indem sie auf ein gegenwärtiges Factum gestellt

ständiger ist, als das Manuscript, woraus Fabrot seine Ausgabe besorgte. Von dieser hat H. Prof. *Car.* Witte den Titel de diversis Regulis iuris antiqui (Lib. II. Tit. 3.) *Uratislaviae* 1826. 4. mai. mit seinen Anmerkungen edirt. In dieser Handschrift befindet sich auch unsere *L.* 77. welche in der Fabrotischen Ausgabe der Basiliken fehlt, und hier (pag. 17.) so lautet: Αἱ νόμιμαι πράξεις αἱ μὴ ἐπιδεχόμεναι ἡμέραν, ἢ αἵρεσιν. S. auch Hugo's civilist. Magazin. 3. B. S. 249. Not. *. Hierzu kommt noch der mit der L. 77. cit. im Ganzen übereinstimmende Inhalt eines andern von Mai entdeckten Fragments, das wahrscheinlich ebenfalls von Papinian herrührt, und in Desselben Fragment. Vatican. iuris civ. Antejustin. (*Romae* 1823. 8. mai.) pag. 90. nr. 20. befindlich ist. S. auch Dirksen's Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts. (Leipz. 1825.) Abh. IV. Not. 1. S. 321. f. Die Emendation des *Jac.* Gothofredus in Comm. ad Tit. Pand. de div. Regul. iuris h. L. p. 346. sq. (*Genevae* 1653. 4.) welcher recipiunt in *reiiciant* verändern will, erhält also hiermit ihren Abschied.

35) Cit. Comm. in Tit. Pand. de Reg. iur. pag. 346. Verb. *Tertio*.

sind, und das Bedürfniß einer unmittelbaren Ausführung klar ausgesprochen enthalten. Es scheint auch diese Ansicht die nachfolgenden Worte: *actus suprascripti*, für sich zu haben, welche auf eine Beschränkung des Vorhergehenden hinzudeuten scheinen. Gleichwohl finden sich doch alle diese Bestimmungen auch bey der auctoritas tutoris, wie der §. 1339. lehren wird. Der Gedanke des hochgefeyerten Biener's [36]), daß Papinian nicht alle actus legitimi angeführt habe, verdient daher allerdings Beyfall, so wenig dagegen Düpont's [37]) Einfall, daß der Ausdruck actus legitimi eine Erfindung Tribonian's sey, der sie inepte fortasse propter quandam horum cum actionibus legitimis affinitatem so genannt habe, einige Berücksichtigung verdienen dürfte. Die actus legitimi waren auch nicht bloß rechtliche, oder juristische Handlungen, wie Höpfner [38]) meint. Sie waren vielmehr Rechtshandlungen, die sich von andern dadurch unterschieden, daß sie ihrer Form wegen gewisse Einschränkungen mit sich führten. Ulpian [39]) nennt bey der Ge-

36) S. Desselben Ausgabe von Heineccii Elem. iur. civ. sec. ord. Institut. §. 249. (edit. sec. *Lipsiae* 1813.)

37) Disquisition. in Commentar. IV. Institut. Gaji. (*Lugd. Batav.* 1822. 8.) Cap. I. §. 2. pag. 10. S. Dirksen angef. Beyträge. S. 234.

38) Abhandl. von den legis actionibus und actibus legitimis. §. 7. hinter seinen Commentar über die Heineccischen Institutionen. S. 1179. ff. Man sehe dagegen *Jo. Aug.* Reichard Disquisit. Utrum actus legitimi Romanis fuerint solemniores ad L. 77. D. de Reg. iur. Part. II. *Jenae* 1798. und Weber's Anmerkung zur Nachschrift der Höpfnerischen Abhandl. S. 1184.

39) *Fragm. Tit. XI.* §. 27.

legenheit, wo er gerade von der tutoris auctoritas bey den verbindlichen Rechtshandlungen der Frauenspersonen handelt, unter andern auch *civile negotium*, zu dessen Unternehmung die auctoritas nöthig gewesen. Gewiß waren diese negotia civilia auch solche actus legitimi, von welchen Papinian handelt [40]. Man mag aber die letztere Bezeichnung für zweckmäßiger gehalten haben [41]. Ein solches negotium civile, oder actus legitimus war nun also unstreitig die *tutoris auctoritas*, welche aus Gründen der Feyerlichkeit von dem persönlich gegenwärtigen Tutor, vielleicht mit der Formel: *Ego in hanc rem auctor fio* [42], auch wohl anfangs nach vorhergegangener Frage [43], welche jedoch nachher nicht mehr für nöthig gehalten wurde [44], sogleich nach Erklärung des Pupillen, und ohne Hinzufügung einer Bedingung ertheilt werden mußte [45].

2) Die auctoritas tutoris tritt nur erst dann ein, und wird für rechtlich möglich gehalten, wenn der Pupill über sieben Jahre alt, und gegenwärtig ist. So belehrt uns darüber Ulpian *libro XXXV. ad Edictum*, wo die

40) S. *Ant.* Schulting Jurispr. vet. Antejust. ad loc. *Ulpiani* cit. Not. 81. pag. 604.

41) S. Dirksen's angef. Beyträge. S. 234.

42) S. Hugo's Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 116. Z. 2. (der 8. Aufl.)

43) S. *Jo. Gottl.* Heineccii Antiquitat. Rom. iurispr. illustrant. Synt. Lib. I. Tit. 21. §. 3.

44) *L.* 3. *D. h. t.*

45) *L.* 8. *L.* 9. §. 5. *et* 6. *D. h. t.* S. Schweppe Röm. Rechtsgesch. u. Alterthümer. §. 433. a. E.

daraus genommene *L*. 1. §. 2. *D. de administrat. tutor.* also lautet:

Licentia igitur erit, utrum malint ipsi suscipere iudicium, an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus iudicium suscipiatur; ita tamen, ut pro his, *qui fari non possint*, vel *absint*, ipsi tutores iudicium suscipiant: pro his autem, qui *supra septimum annum aetatis* sunt, et *praesto* fuerint, auctoritatem praestent.

Ulpian unterscheidet hier bey den Pupillen in Rücksicht auf die auctoritatis interpositio des Tutors zwey Zeitpuncte. Erstens, den der noch nicht vollkommen ausgebildeten Sprachfähigkeit. Dieser umschließt das Alter der infantia, oder, wie Ulpian sich ausdrückt, die Zeit des fari non posse, die sich, nach der damals gangbaren, aus griechischer Philosophie abstammenden Ansicht, bis zum vollendeten siebenten Jahre erstreckt [46].

46) Ganz anders erklärt H. Prof. Unterholzner in der Berichtigung der Begriffe von infans und infantiae proximus, (in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissensch. herausgegeb. von F. C. von Savigny, Eichhorn, und Göschen. 1. B. Nr. III. S. 44. ff.) die Stelle Ulpians. Er meint, die Römer hätten unmöglich den Zeitpunct der entwickelten Sprachfähigkeit bis zum vollendeten siebenten Jahre hinausrücken können. Ungleich wahrscheinlicher sey es, daß man gar nicht einmal das Bedürfniß empfunden habe, einen bestimmten Zeitpunct als Grenze der infantia anzunehmen; da er sich in den einzelnen Fällen ohnehin leicht besonders ausmitteln ließ. Aber auch ein solches Bedürfniß zugegeben, sey es doch nicht möglich gewesen, daß man über das vollendete vierte, höchstens fünfte Jahr habe hinausgehen können. Nach seiner Ansicht soll also Ulpian

Zweytens die Periode dieses zurückgelegten Zeitraums, welche mit dem vollendeten siebenten Jahre eintritt. So

drey Zeitabschnitte, mit abweichenden rechtlichen Wirkungen, unterscheiden. Der erste Zeitabschnitt sey die Zeit der Sprachlosigkeit, (ubi pupillus fari non potest) in welcher der Pupill schlechterdings vom Tutor vertreten werden soll, weil er ja gar nicht im Stande wäre, die Formel auszusprechen, wie er es müßte, wenn er den Rechtsstreit auf seinen Namen übernehmen sollte. Der zweyte Zeitabschnitt beginne mit der Entwickelung der Sprachfähigkeit, und gehe bis zum vollendeten siebenten Jahre. Während dieser Zeit solle es dem Tutor freystehen, ob er geradezu selbst für den Mündel handeln, oder ob er diesen unter seinem Beystande vor Gericht handeln lassen wolle. Der dritte Zeitabschnitt umfasse endlich die Zeit nach dem siebenten Jahre bis zur erreichten Mündigkeit. Hier werde ganz allgemein vorausgesetzt, daß der Mündel die nöthige Haltung erworben haben werde, um vor Gericht aufzutreten, und daher sey es dem Vormund zur Pflicht gemacht, den Mündel, wenn er an Ort und Stelle ist, selbst handeln zu lassen, und blos seine Auctorität zu ertheilen. Allein Ulpian kennt den ihm zugeschriebenen dreyfachen Zeitabschnitt des Pupillenalters nicht. Supra septimum aetatis annum esse, und fari posse, sind ihm, so wie infantem esse und fari non posse, gleichbedeutende Ausdrücke, gemäß der herrschenden Ansicht, welche erst mit dieser Zeit die vollkommen ausgebildete Sprachfähigkeit eintreten läßt, wie in den Heidelbergischen Jahrbüchern der Litteratur. 8. Jahrgang 7. Heft. Nr. 42. und 43. S. 664 — 683. sehr gründlich und einleuchtend dargethan worden ist. Die Ansicht der Alten, daß in den Perioden der siebener Jahren die Hauptentwickelungen des Geistes und Körpers

lang nun der Pupill noch in der Periode der Kindheit steht, d. i. noch nicht sieben Jahre alt ist, so wie

im menschlichen Leben vorgehen, und daß erst nach Vollendung der ersten sieben Jahre, mit Wechselung der Zähne, der Mensch der Sprache vollkommen mächtig sey, setzen folgende Zeugnisse ausser Zweifel. Censorinus *de die natali.* Cap. XIV. sagt: Hippocrates medicus in septem gradus aetates distribuit. Finem primae putavit *septimum annum*, secundae decimum quartum. Macrobius in *Commentar. ex Cicerone in somnium Scipionis* Lib. I. cap. 6. wo er vieles aus den Schriften der ältern und neuern Naturphilosophen über die wundervollen mysteriösen Kräfte der Siebenzahl zusammenträgt, und über den tiefen Einfluß der Hebdomaten auf das menschliche Leben philosophirt, zieht hieraus folgende Bemerkung: *Post annos septem* dentes, qui primi emerserant, aliis aptioribus ad cibum solidum nascentibus cedunt; *eodemque anno*, id est, *septimo, plene absolvitur* integritas loquendi. Eben dieses bestätigt Isidorus *Etymolog.* Lib. XI. cap. 2. nr. 1. 2. 9. Gradus aetatis sex sunt, sagt er, infantia, pueritia, adolescentia etc. — Prima aetas *infantia* est pueri nascentis ad lucem, *quae porrigitur in septem annis.* — Infans dicitur homo primae aetatis, dictus autem infans, *quia adhuc fari nescit*, id est, loqui non potest: *nondum enim bene ordinatis dentibus minor est sermonis expressio.* Von dem Zähnewechsel im siebenten Jahre handelt auch Plinius *Hist. natur.* Lib. VII. cap. 15. Noch mehrere Stellen führt *Em.* Merillius Observat. Lib. I. cap. 14. an. Ganz dieser Lehre der alten Philosophen und Naturforscher getreu, sagt nun Ulpian, welcher in der angeführten Stelle von der Vertheidigung des Pupillen vor Gericht handelt, der Tutor thue seiner Pflicht ein Genüge, er möge selbst den Proceß für den Mündel führen, oder diesen unter seinem Beystand vor Gericht handeln lassen. Denn in Anse-

auch noch die Kaiser Theodos und Valentinian [47]), jener Ansicht gemäß, die Periode der Kindheit bestimmen; handelt der Vormund für den Pupillen allein. Nam huius aetatis pupilli nullum habent intellectum [48]). Ulpian setzt daher auch die infantes mit Abwesenden in eine Klasse. Kommen also Handlungen vor, welche die Gegenwart und Mitwirkung des Pupillen erfordern, nämlich solche, welche in einer durch das Civilrecht bestimmten Form vorzunehmen sind, und die sich daher durch Stellvertreter nicht verrichten laßen; so müßen solche Rechtsgeschäfte eigentlich so lange ausgesetzt bleiben, bis der Pupill die Jahre der Kindheit überschritten hat, welches jedoch durch das neuere Röm. Recht dahin modificirt worden ist, daß wenn solche Geschäfte ohne Nachtheil des Pupillen nicht füglich aufgeschoben werden können, sie der Vormund selbst verrichten kann [49]). So kann z. B. der Tutor für

hung der rechtlichen Wirkungen sey dieses gleichviel. Nachdem Ulpian daraus den Schluß gemacht, daß der Tutor also freye Wahl habe, was er thun wolle; so fügt er modificirend hinzu, daß dieses so zu verstehen sey, wenn der Pupill der Sprache noch nicht mächtig, oder abwesend ist, so habe freylich der Tutor selbst den Proceß zu führen, wenn aber der Pupill über sieben Jahre alt, und gegenwärtig ist; so prästire der Tutor seine Auctorität.

47) *L.* 18. *pr. Cod. de iure delib.* (V. 30.) Auch hier werden, wie bey Ulpian, blos zwey Zeitpuncte unterschieden, nämlich wenn der Pupill noch infans, d. i. minor septem annis, ist, und wenn er septem annos aetatis überschritten hat, i. e. nicht mehr infans ist.

48) §. 10. *J. de inutil. stipulat.* (III. 19.) *L.* 1. §. 13. *D. de obligat. et action.* (XLIV. 7.)

49) S. Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 327.

den Pupillen stipuliren, und ihm wenigstens dadurch eine actio utilis erwerben [50]. Der Tutor ist ferner nach einer Verordnung des Kaisers Valentinian *III.* berechtiget, die seinem Mündel angefallene Erbschaft in seinem Namen anzutreten, wenn dieser noch Kind, d. i. noch nicht sieben Jahre alt ist [51]; und nach einer Verordnung des Kaisers Justinian [52] kann der Tutor auch eine fideicommissarische Erbschaft im Namen seines Pupillen, si fari non possit, restituiren, so wie denn auch in einem solchen Falle dem Vormunde die Restitution der Erbschaft geschehen kann, die dem Pupillen fideicommissi nomine hinterlassen worden ist. Zuweilen bedurfte es denn auch wohl eines Ummeges, damit der Tutor zur Vornahme des beabsichtigten Geschäfts fähig werde, wie z. B. bey der Acceptilation, wo der Tutor vorerst durch Novation die obligatio auf sich übertragen mußte [53].

Ist hingegen der Pupill nicht mehr infans, und also über sieben Jahre alt; so unterscheidet das Römische Recht zwischen den Fällen, in welchen durch Dritte nicht gehan-

50) *L. 9. pr. D. de administr. et peric. tut. L. 7. D. Quando ex facto tutor.* (XXVI. 9.) *L. 2. C. eodem* (V. 39.) S. von Löhr über die röm. Begriffe von Tutel und Curatel. §. 9. Nr. 5. im Magazin für Rechtswiss. u. Gesetzgeb. B. 3. S. 51 f.)

51) *L. 18. C. de iure delib.* von Löhr a. a. O. Nr. 9. S. 56 f.

52) *L. 7. Cod. ad SCtum Trebell.* (VI. 48.) S. von Löhr Magazin. 3. B. S. 58. f. Nr. 10.

53) *L. 13. §. 10. D. de acceptilat.* (XLVI. 4.) S. v. Löhr a. a. O. Nr. 8. S. 55 f. und Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 5. Not. 62 S. 39.

delt werden kann, und denen, wo Stellvertreter zugelassen werden. In jenen Fällen kann der Vormund nicht allein handeln, sondern er kann blos seine Auctorität interponiren. Dahin gehören diejenigen Rechtsgeschäfte, welche an eine gewisse, durch das Civilrecht bestimmte Förmlichkeit gebunden sind[54]). Diese kann der Tutor nicht für sich allein vornehmen, sondern er muß den Pupillen selbst handeln lassen, und kann blos dessen unvollkommene Willensäusserung durch seine Auctorität ergänzen. Dieß war der Fall bey der Manumission der Sklaven[55]), bey der Bestellung eines Procurators zur Führung eines Processes[56]), bey der Antretung einer Erbschaft[57]), so wie bey der Resti-

54) *L.* 19. *D. h. t.* Paulus *lib. IX. Responsor.* Ad ea, *quae solemnitatem iuris desiderant*, explicanda, tutore auctore opus est. S. Heineccius Antiquitat. Rom. Lib. I. Tit. 21. §. 2.

55) *L.* 6. *Cod. Qui manumittere non poss.* (VII. 11.)

56) *L.* 11. *Cod. de procuratorib.* (II. 13.)

57) *L.* 5. *C. de iure delib.* (VI. 30.) Impp. Valerian. et Gallienus. Potuit pupillus pro herede, tutore auctore, gerendo consequi successionem: *sed ipsius actus et voluntas fuit necessaria.* Nam si quid, nesciente eo, tutor egit, illi hereditatem non potuit acquirere. *L.* 9. *D. de tutorib. et curator. dat.* Marcian. *lib. IX. Institutionum.* Impuberi ad hereditatem adeundam ut tutor detur, ex causa permissum est. — *L.* 9. *D. de acquir. vel omitt. heredit.* Paulus *lib. II. ad Sabinum.* Pupillus si fari possit, huius tamen aetatis sit, ut causam acquirendae hereditatis non intelligat, quamvis non videatur scire huiusmodi aetatis puer, (neque enim scire, neque decernere talis aetas potest, non magis, quam furiosus) tamen cum tutoris auctoritate hereditatem acquirere potest: hoc enim favorabiliter

tution derselben ex Senatusconsulto Trebelliano [58]), desgleichen bey Stipulationen [59]), und in allen den Fällen, wo Eigenthum auf eine andere Weise, als blos durch den Besitz, zu erwerben ist [60]). Alle Handlungen hingegen, die durch Bevollmächtigte vorgenommen werden können, ist der Tutor zum Zweck der Administration allein, auch ohne Zuziehung des Pupillen, vorzunehmen berechtiget, wenn sie auch ein mandatum speciale erfordern [61]). So kann z. B. der Tutor für seinen Pupillen Besitz, und ihm durch diesen Eigenthum, auch ohne desselben Wissen, erwerben [62]),

eis praestatur. Man vergleiche auch *L.* 17. §. 1. *D. de appellat.* *L.* 90. *pr. D. de acqu. hered.* und *Jac.* Cujacii Observation. Lib. I. cap. 34.

58) *L.* 37. §. 1. *D ad SCtum Trebell.* (XXXVI. 1.) Ulpian. *lib. XVI. ad Edict.* Pupillus autem ipse debet restituere tutore auctore, non tutor sine pupillo, nisi infans est, quia nec mandare actiones tutor pupilli sui potest. — §. 2. Sed et si pupillo sit restituenda, non posse pupillo sine tutoris auctoritate restitui, constat.

59) *L.* 9. *pr. D. de administr. et peric. tutor.* *L.* 53. *D. de acq. rer. dom.*

60) *L.* 1. *Cod. Per quas personas nobis acquir.* (IV. 27.) §. 5. *J. eod.* (II. 9.) S. von Löhr a. a. O. Nr. 2. S. 46 ff. und Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 5.

61) Vergl. *L.* 56. §. 4. *D. de furt.* mit *L.* 60. *D. de procurat.* und s. *Jos.* Averanii Interpretat. iuris Lib. I. Cap. 12. nr. 28.

62) *L.* 13. §. 1. *D. de acquir. rer. dom.* *L.* 20. §. 2. *D. eodem.* S. von Löhr a. a. O. S. 45.

kann Veräusserungen vornehmen[63]), sogar in manchen Fällen allein, und ohne Concurrenz der Obrigkeit, und der Pupill darf eine von seinem Tutor rechtmäßig unternommene Veräusserung nicht anfechten[64]). Er kann, wenn es nöthig ist, Sachen des Mündels verpfänden[65]); kann transigiren[66]); kann Zahlung leisten[67]), den Eid deferiren[68]), und für seinen Mündel Processe führen[69]).

Es entsteht aber die Frage, ob es in diesen Fällen von dem Vormunde abhänge, allein zu handeln, oder den Mündel, in sofern er gegenwärtig ist, unter seinem Beystande handeln zu lassen? Nach Ulpians Ausspruche in der oben angeführten Gesetzstelle (*L.* 1. §. 2. *D. de adm. et peric. tut.*) muß die Frage bejahet werden[70]). Ulpian sagt ausdrücklich:

Sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi iudicium suscipiant, sive pupillus ipsis aucto-

63) *L.* 17. §. 2. *D. de iureiur. et tit.* 9. *Lib. XXVII. Dig. de rebus eor. qui sub tut. v. cura sunt.* S. von Löhr a. a. O. Nr. 4. S. 50 f.

64) *L.* 12. §. 1. *D. de administr. et peric. tutor.*

65) *L.* 11. §. 7. *D. de pign. act. L.* 16. *pr. D. eod.*

66) *L.* 56. §. 4. *D. de furt.* (Nach der Ausgabe von *Jo. Lud. Guil.* Beck *L.* 58. §. 4. *D. de furt.*)

67) *L.* 9. §. 5. *in fin. D. de admin. et peric. tut. L.* 13. §. *ult. D. eadem. L.* 56. *D. de solut.*

68) *L.* 17. §. 2. *D. de iureiur.*

69) *L.* 17. *cit. L.* 1. §. 2. *D. de admin. et peric. tutor.*

70) S. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch §. 405. S. 92. der 3. Aufl. Anderer Meinung ist jedoch Dabelow im Handbuche des Pandect. Rechts. 3. Th. (Halle 1818.) §. 290. S. 515 ff.

ribus. — *Licentia igitur erit, utrum malint ipsi suscipere iudicium, an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus iudicium suscipiatur.*

Sollen indessen durch ein Geschäft Obligationsverhältnisse entstehen oder aufgehoben werden, so muß der Tutor den Pupillen hinzuziehen, und ihn handeln lassen, wenn er aus dem Geschäft direct soll klagen, oder belangt werden können [71]. Es ist dieses eine Folge des strengen Grundsatzes des Röm. Civilrechts, daß durch freye Mittelspersonen für Jemanden kein Rechtsverhältniß entstehen könne, wenn es nicht unmittelbare Folge des Besitzes war [72].

§. 1338.

In welchen Fällen ist die auctoritas tutoris erforderlich?

Justinian sagt *pr. J. h. t.* Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria. Ut ecce, si quid dari sibi stipulatur, non est necessaria tutoris auctoritas; quodsi aliis pupilli promittant, necessaria est. *Namque placuit meliorem quidem suam conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate; deteriorem vero non aliter, quam tutoris auctoritate.* Hieraus ergeben sich folgende Sätze.

71) S. Mühlenbruch Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 327. pag. 195. (edit. II. *Halae* 1827.) und Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 205. Not. 2. S. 232.

72) S. Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 5. S. 33—40. (der 2. Aufl. Greifswald 1826.)

I. Die auctoritas tutoris ist in allen den Fällen nöthig, wo der Pupill sich einem Andern verbindlich machen will, oder wo er sonst Etwas von seinen Rechten vergiebt. Dieß ist es, wenn Justinian hier sagt, *si pupillus conditionem suam deteriorem facit*. An einem andern Orte[73]) sagt Justinian: Pupillus omne negotium recte gerit: ut tamen sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor: *veluti si ipse obligetur:* nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. Theophilus braucht den Ausdruck *ἐλαττοῦν*, *minuere*. Ohne Auctorität seines Tutors kann daher der Pupill nichts versprechen, nichts verschenken, keine Schuld erlassen, keinen Sklaven manumittiren, keine Zahlung leisten, noch sonst etwas veräussern. Hierher gehört die Stelle aus des Gajus *libro XII. ad Edictum provinciale*, welche in der *L.* 9. *h. t.* so lautet:

Obligari ex omni contractu pupillus sine tutoris auctoritate non potest: acquirere autem sibi stipulando, et per traditionem[74]) accipiendo, etiam sine tutoris auctoritate potest: sed credendo obligare sibi non potest, quia sine tutoris auctoritate nihil alienare potest. §. 1. Ex hoc autem, quod pupillus nullam rem sine tutoris auctoritate alienare potest, apparet, nec manumittere eum sine tutoris auctoritate posse. Hoc amplius, licet tutoris auctoritate manumittat, debet *ex lege Aelia*

73) §. 9. *J. de inutil. stipulat.*

74) Unter traditio wird hier jede Erwerbart verstanden. S. *Abr.* Wibling ad *Labitti* usum indicis Pandect. Cap. III. §. 38. not. m. (*Jurisprud. restit.* P. II. pag. 61.).

Sentia apud consilium causam probare[75]). §. 2. Pupillus ex omnibus causis solvendo sine tutoris auctoritate, nihil agit, quia nullum dominium trans-

75) §. 4. *J. Qui et quibus ex caus. manumitt. non poss.* Eadem *lege Aelia Sentia* domino minori viginti annis non aliter manumittere permittitur, *quam si vindicta apud consilium, iusta causa manumissionis approbata, fuerint manumissi.* So lesen, und interpungiren die Cujacianische, Bienerische, und Bucherische Ausgaben. Richtiger ist die Interpunction in der Beckischen Ausgabe, wo nach vindicta ein Komma gemacht ist. Eben diese Interpunction billigt auch Karl Wüstemann in seiner deutschen Uebersetzung der Paraphrase des Theophilus. 1. B. S. 75. Not. 1. Ueberhaupt aber scheinen die Institutionen hier falsch abgeschrieben zu seyn. Dieß geht nunmehr aus den wieder aufgefundenen Institutionen des Gajus ganz deutlich hervor, wo diese Stelle *Lib. I.* §. 38. also lautet: *Item eadem Lege minori XX. annorum domino non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta apud consilium iusta causa manumissionis approbata fuerit.* Herr Prof. Dirksen hat diese Stelle in den Versuchen zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts. (Leipzig 1823.) Abhandl. 3. S. 114. mittelst einer bey Gajus häufig vorkommenden Inversion, sehr sinnreich so aufgelößt: non aliter manumittere permittitur, *quam vindicta, si apud consilium* etc. Fuerit lesen auch die drey Bamberger Institutionen Manuscripte, von welchen H. Prof. Roßhirt in den Beyträgen zum Röm. Rechte. 1. Heft. (Heidelberg 1820.) eine ausführliche Beschreibung und Vergleichung geliefert hat, und mit Recht bemerkt er, S. 67. daß das Wort *manumissi* fälschlich in den Text gekommen zu seyn scheine. Die irrige Lesart Hotoman's: *quam si, dicta apud consilium iusta causa manumissionis, approbata fue-*

ferre potest. Si tamen creditor bona fide pecuniam pupilli consumserit, liberabitur pupillus[76].

Pupillen können auch weder eine Erbschaft antreten, noch um bonorum possessio bitten, noch auch eine fideicommissarische Erbschaft übernehmen, ausser wenn es mit Auctorität des Tutors geschieht, wenn auch die Erbschaft für sie ein wahrer Gewinn und daraus kein Schade zu befürchten wäre[77]. Gajus sagt in der angeführten Stelle §. 3.:

Hereditatem adire pupillus sine tutoris auctoritate non potest, quamvis lucrosa sit, nec ullum habeat damnum: nec ex Senatusconsulto Trebelliano hereditatem recipere pupillus sine tutoris auctoritate potest.

rit manumissio, hat schon *Wilh. a* Loon in Eleytheria, sive de manumissione servor. apud Rom. (*Ultrajecti* 1685. 8.) Cap. IV. §. 18. pag. 67. mit Recht verworfen, der übrigens auch in der Institutionenstelle nach vindicta ein Komma macht.

76) Man vergleiche damit die *L.* 14. §. *ult. D. de solut.* wo Ulpian sagt: Pupillum sine tutoris auctoritate nec solvere posse palam est: sed si dederit nummos, non fient accipientis, vindicarique poterunt: plane si fuerint consumti, liberabitur. Das heißt, wenn ein rechtlicher Grund zur Zahlung vorhanden war, so wird die Zahlung durch die von dem Gläubiger geschehene Consumtion des Geldes gültig, und der Pupill dadurch auch von seiner Schuldverbindlichkeit befreiet. S. *Ev.* Otto in Comm. ad §. 2. J. Quib. alienare lic. und *Franc.* Florentis Tr. ad Tit. Pand. de solut. (*Opp. a Lorbero a Stoerchen* editor. Tom. II. pag. 492. sq.)

77) *L.* 9. *D. de tutor. et curat. dat. L.* 17. §. 1. *D. de appellat.*

Aus dieser Quelle scheint geschöpft zu seyn, was Justinian, jedoch mit einigem Zusatz, in seinen Institutionen sagt §. 4. *h. t.*

Neque tamen hereditatem adire, *neque bonorum possessionem petere*, neque hereditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate, quamvis lucrosa sit, nec ullum damnum habeat[78]).

Durch das beneficium inventarii, welches Justinian noch vor seinen Institutionen eingeführt hatte, ist zwar der Erbe gegen allen Nachtheil gedeckt; da aber doch die Antretung einer Erbschaft zugleich mit Verbindlichkeiten verknüpft ist, welche der Erbe übernimmt, so erklärt sich daraus die Nothwendigkeit der auctoritatis interpositio. More enim nostrae civitatis neque pupillus, neque pupilla sine tutoris auctoritate obligari possunt, sagt Ulpian *libro VII. ad Sabinum*[79]); und an einem

78) Die Leseart: *ne ullum damnum habeant*, die wir bey Haloander, Russard, Baudoza, Hugo a Porta, und mehreren andern finden, ist unrichtig, und schon von *Ant.* Augustinus Emendation. Lib. III. cap. 7. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 1519.) mit Recht verworfen worden. In den neuern Ausgaben von Biener, Beck, und Bucher heißt es: *nec ullum damnum habeant.* Das *habeant* wäre denn auf pupilli zu beziehen. Allein, daß *habeat* gelesen werden müsse, und dieses auf die anzutretende Erbschaft gehe, erhellet aus der griechischen Paraphrase des Theophilus. Da heißt es: καὶ οὐδεμίαν ἔχει ζημίαν ἐν ἑαυτῷ. i. e. *neque ullam in se damnum habeat.*

79) *L. 8. pr. D. de acquir. vel omitt. hered.* (XXIX. 2.)

andern Orte, *libro LIX. ad Edictum* [80]. Etenim videtur impubes contrahere, cum adiit hereditatem. Hierzu kommt noch ein anderer Grund. Papinian [81]) zählt die hereditatis aditio unter actus legitimi. Nun sagt Paulus *libro IX. Responsorum* [82]): Sed ad ea, *quae solennitatem iuris desiderant*, explicanda, tutore auctore opus esse. Jedoch gilt dieß nur von pupillis extraneis, nicht von solchen, welche sui heredes von dem Erblasser sind. Ulpian sagt *libro VII. ad Sabinum* [83]): De ea autem hereditate loquimur, in qua non succedunt huiusmodi personae *quasi necessariae*. Denn diese werden ipso iure Erben, et ideo, sagt Justinian [84]), nec tutoris auctoritate opus est pupillis, cum etiam ignorantibus adquiratur suis heredibus hereditas.

Eben so darf auch der Pupill kein Pfand von seinem Schuldner ohne des Vormunds Auctorität annehmen. Denn wenn ihm gleich das Pfand Sicherheit verschafft, so muß er doch dem Schuldner dafür haften, und kann deshalb mit der actio pigneratitia belangt werden. Er übernimmt also als Pfandgläubiger Verbindlichkeiten. Daher sagt Modestin *libro I. Differentiarum* [85]): Pupillo

80) *L.* 3. §. *ult. D. Quib. ex causis in possess. eatur.* (XLII. 4.)

81) *L.* 77. *D. de div. Reg. iur.*

82) *L.* 19. *D. h. t.* S. *Ev.* Otto Comment. ad §. 1. J. h. t. und *Hieron.* de Oroz de apicib. iuris civ. Lib. IV. Cap. 11. nr. 10 et 11. pag. 325.

83) *L.* 8. *pr. D. de acquir. vel omitt. hered.*

84) §. 3. *J. de hereditat. quae ab intest. defer.* (III. 1.)

85) *L.* 38. *D. de pignerat. act.* (XIII. 7.) S. *Jo. van* Nispen Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex *He-*

capienti pignus, *propter metum pigneratitiae actionis*, necessaria est tutoris auctoritas.

Nur in den Fällen, wo die obligatio ex re, das heißt, aus solchen Handlungen und Rechtsverhältnissen entsteht, wobey es auf die Einwilligung des Verpflichteten gar nicht ankommt, wird der Pupill auch ohne die Auctorität des Tutors verbindlich [86]). Dahin gehört,

1) wenn die Verbindlichkeit aus einem Delict entsteht, und der Pupill in dem Alter ist, wo ihm die Handlung zugerechnet werden kann, er ist pubertati proximus [87]). Hier ist er zum Schadensersatz verbunden. Ist er hingegen noch infans, oder infantiae proximus, so

rennii Modestini IX. libris Differentiar. supers. Cap. 2. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 16 sq.)

86) *L.* 46. *D. de obligat. et act.* Paulus *libro VII. ad Plautium.* Furiosus et *pupillus*, ubi ex re actio venit, *obligantur etiam sine* curatore, vel *tutoris auctoritate*, veluti si communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel damnum in eo pupillus dedit: nam iudicio communi dividundo obligabuntur. S. den 10. Th. dieses Commentars §. 700. S. 324. und besonders Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 209.

87) *L.* 13. §. 1. *D. de dolo malo.* Ulp. *lib. XI. ad Edictum.* — Ego arbitror, et ex suo dolo conveniendum (pupillum), *si proximus pubertati est.* — *L.* 1. §. 15. *D. depositi.* Ulp. *lib. XXX. ad Edict.* An in pupillum, apud quem *sine tutoris auctoritate* depositum est, depositi actio detur? quaeritur. Sed probari oportet, si *apud doli mali iam capacem* deposueris, agi posse, *si dolum commisit.*

entsteht auch nicht einmal eine obligatio ex re zur Entschädigung [88]).

2) Wenn die Verbindlichkeit aus der Billigkeit entsteht. Dieß ist der Fall a) wenn ein Dritter die Angelegenheiten des Pupillen, in der Abwesenheit des Tutors, auf eine nützliche Art besorgt, und dabey Auslagen gehabt hat [89]). b) Wenn Jemand mit dem Pupillen eine Sache gemeinschaftlich besitzt, und zu deren Erhaltung nothwendige Kosten verwendet hat [90]). c) Wenn sonst der Pupill ein Geschäft ohne Auctorität seines Tutors geschlossen hat, aus dem er sich reicher befindet. Z. B. er hat ein Darlehn, oder ein Depositum erhalten [91]). In allen diesen Fällen tritt die Regel der natürlichen Billigkeit ein, *neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem* [92]).

II. In allen den Fällen hingegen, wo der Pupill durch Schließung eines Geschäfts seine Lage verbessert, also wodurch er nur gewinnt, und nichts veräussert, ist die Auctorität des Vormundes nicht nöthig. Er kann daher ohne Auctorität des Tutors sich gültig etwas versprechen lassen, er kann eine Schenkung, eine Schulderlassung acceptiren, und auf jede andere erlaubte Art etwas erwer-

88) *L.* 5. §. 2. *D. ad Leg. Aquil.* S. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2. Band. Abh. VIII. S. 211.

89) *L.* 6. *pr. D. de negot. gest.*

90) *L.* 46. *D. de obligat. et act.*

91) *L.* 13. §. 1. *D. de condict. indeb. L.* 1. §. 15. *D. depositi.*

92) *L.* 14. *D. de condict. indeb. L.* 206. *D. de div. Regg. iur.*

ben [93]). Theophilus [94]) faßt in seiner griechischen Paraphrase alles zusammen, wenn er sagt, der Pupill könne zwar sine tutoris auctoritate sein Vermögen vermehren, aber vermindern könne er es anders nicht, als wenn zu der vorzunehmenden Handlung die Genehmigung des Tutors hinzukommt.

III. In solchen Fällen also, wo gegenseitige Klagrechte unter den Contrahenten Statt finden, wie z. B. bey Käufen, Pachtungen, Bevollmächtigungen, Hinterlegungen (Theophilus erinnert uns hier an die actio depositi directa, und die actio depositi contraria) wird zwar, wenn die Auctorität des Tutors nicht beygetreten ist, derjenige, welcher mit dem Pupillen contrahirt hat, demselben verbindlich, er selbst hingegen nicht [95]). Man nennt ein solches Geschäft negotium claudicans. Will also der Pupill den Contract nicht halten, so findet gegen ihn keine

93) *L.* 28. *pr. D. de pact.* *L.* 9. *pr. D. h. t.* *L.* 11. *D. de acquir. rer. domin.* (XLI. 1.) *L.* 2. *D. de acceptilat.* (XLVI. 4.) *L.* 1. *C. de auctorit. praest.* (V. 59.)

94) *Pr. J. h. t.* ἤρεσε γὰρ τὸν ἄνηβον καλλίονα μὲν τὴν οἰκείαν αἵρεσιν ἐξεῖναι αὐτῷ ποιεῖν, καὶ αὔξειν τὴν αὐτοῦ περιουσίαν *sine tutoris auctoritate*, ἤγουν ἄνευ τῆς τοῦ ἐπιτρόπου αὐθεντίας, ἐλαττοῦν δὲ οὐχ ἑτέρως, εἰ μὴ προσῇ τῷ γινομένῳ ἡ τοῦ ἐπιτρόπου αὐθεντία.

95) *Pr. J. h. t.* Unde in his causis, ex quibus obligationes mutuae nascuntur, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur: at invicem pupilli non obligantur. Man verbinde damit *L.* 1. *D. de rescind. vendit.* (XVIII. 5.)

Klage Statt. Er selbst aber kann gegen den andern Theil klagen, wenn ihm an der Aufrechterhaltung des Contracts gelegen ist [96]).

§. 1339.

Form, welche die Gesetze bey der interpositio auctoritatis vorschreiben.

Die auctoritas tutoris gehört nun, wie bereits oben (S. 428.) bemerkt wurde, zu den im römischen Civilrecht besonders gestalteten Rechtsgeschäften. Sie wird zwar von Papinian [97]) unter den actus legitimi namentlich nicht aufgeführt, sie hat aber doch alle Eigenschaften derselben, und wird daher von den meisten Rechtsgelehrten [98]) dafür erkannt. Franz Duarenus [99]) sagt: licet non recenseatur in dicta lege *Actus* tutoris auctoritas, addenda tamen est. Illic enim actus legitimi non recensentur omnes. So gewiß es aber auch ist, daß sich bey der auctoritas tutoris alle die Eigenschaften finden, die in der *L.* 77. *D. de Reg. iur.* den actibus legitimis

96) *L.* 13. §. 29. *D. de act. emti et vend.* (XIX. 1.) Ulp. *lib. XXXII. ad Edict.* Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat. S. Balduini Comm. ad pr. J. h. t. und Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 3.

97) *L.* 77. *D. de div. Reg. iur.*

98) Man s. vorzüglich *Pet.* Fabri Semestr. Lib. II. cap. 24. pag. 359 sqq. *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Hermogenian. ad §. 1. L. 10. D. de legitim. tutor. §. 1. pag. 549.

99) Commentar. in Tit. h. Dig. Cap. 2. (*Opp. Francof.* 1592. f. pag. 303.) Was ich oben S. 430. dem verehrten Wiener zugeeignet habe, gehört dem Heineccius.

beygelegt sind, so ist doch schon von Andern[100]) bemerkt worden, daß sich die Vorschriften des römischen Rechts von der interpositio auctoritatis auch noch auf eine andere Art, aus der Sache selbst, herleiten und erklären lassen, wenn auch die Frage, ob diese Handlung des Vormundes zu den actibus legitimis zu zählen sey, deren Papinian gedenckt, ganz bey Seite gesetzt wird, welches in Rücksicht der heutigen Anwendbarkeit derselben von bedeutenden Einfluß ist.

Der Vormund muß also

1) bey Schließung des Geschäfts, wozu seine Auctorität erfordert wird, gegenwärtig seyn[1]). Er muß seine Auctorität selbst interponiren, ein Stellvertreter wird hier nicht zugelassen. Denn durch sein Vollwort soll die unvollkommene Willensäusserung des Pupillen ergänzt werden. Seine Einwilligung macht also, mit der des Unmündigen zusammen genommen, nur einen rechtlichen Willen aus. Daher werden Tutor und Pupill in rechtlicher Hinsicht für eine Person gehalten. Die Nothwendigkeit der Gegenwart des Vormundes bey Schließung des Geschäfts hat demnach schon in der Natur der Sache selbst ihren Grund. Es ist aber die persönliche Gegenwart des Vormundes so nothwendig, daß wenn derselbe abwesend

100) *Hug.* Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. III. cap. 13. §. 12 — 16. (Vol. II. edit. *Koenig. Norimb.* 1805. 8., pag. 175. sq.) Lud. Jul. Fried. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 207. und Ad. Diet. Weber zu Höpfner. a. a. O. Not. 3. S. 234.

1) *L.* 9. §. 5. *D. h. t.* Gajus *lib. XII. ad Edict. provinc.* Tutor statim in ipso negotio *praesens* debet auctor fieri. Eben so heißt es §. 2. *J. h. t.*

ist, und ein Dritter mit dem Pupillen contrahirt hat, der Tutor seine Auctorität weder durch einen Brief noch durch einen Bevollmächtigten, gültig ertheilen kann, wenn er auch von dem Dritten hinlänglich wäre benachrichtiget worden [2]). Denn darauf darf sich der Vormund nicht verlassen. Er muß sich selbst durch seine Gegenwart von der Beschaffenheit des Geschäfts, und der Art, wie es geschlossen wird, unterrichten, um mit voller Kenntniß der Sache seine Zustimmung geben, und vollkommen überzeugt seyn zu können, daß der Pupill dabey nicht vervortheilt worden sey. Darum soll die per epistolam interposita tutoris auctoritas, wie Gajus [3]) sagt, nichts gelten. Es muß aber

2) der Vormund nicht blos dem Körper nach gegenwärtig seyn, sondern er muß auch seine Auctorität mit vollem Bewußtseyn ertheilen, und ungehindert ertheilen können. Hielt ihn Jemand mit Gewalt zurück, oder befand sich der Tutor, während das Geschäft mit dem Pupillen geschlossen wurde, in einem Zustande, worin er seiner nicht bewußt war, oder er schwieg sonst; so ist es so gut, als wäre der Vormund gar nicht gegenwärtig gewesen. Ulpian sagt *libro I. ad Sabinum* [4]): Tutor si invitus retentus sit per vim, non valet, quod agitur: neque enim praesentia corporis sufficit ad auctoritatem, ut si somno aut morbo comitiali [5]) oe-

2) S. Donellus lib. III. Cap. 13. §. 13.

3) *L.* 9. §. 4. *D. h. t.*

4) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

5) *Morbus comitialis* ist Epilepsie, welche diesen Namen daher erhalten hat, weil, wenn ein Römischer Bürger auf den Comitien mit dieser Krankheit befallen wurde,

supatus tacuisset. Und Julian *libro XXXI. Digestorum* 6): Non multum interest, absuerit 7) tutor, cum negotium contraheretur, an praesens ignoraverit, quale esset, quod contraheretur. Der Tutor muß daher

3) seine Genehmigung deutlich und ausdrücklich mit

quasi nefasto omitia, die Comitien aufgehoben wurden, wie aus folgenden Versen des Sereni Sammonici, eines berühmten Arztes, der unter Severus und Caracalla lebte, erhellet:

Est subiti species morbi, cui nomen ab illo est,
Quod fieri nobis suffragia iusta recusat.

Und Sext. Pomp. Festus in fragm. de Verbor. Signif. pag. 44. (edit. Fulv. Ursini 1583. 8.) sagt: *Prohibere comitia, dicitur vitiare diem morbo, qui vulgo quidem maior, ceterum ob id ipsum* comitialis *appellatur.* Daher wurde diese Krankheit auch morbus *sacer* genennt. S. *Sam.* Pitisci Lexic. Antiquitat. Roman. Tom. II. h. v. pag. 597. und Pothier Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XVIII. not. f. pag. 118.

6) *L. 14. D. h. t.*

7) Die florentinische Ausgabe liest *afuerit.* Haloander aber *non adfuerit.* Allein schon *Jac.* Cujacius in Comment. in libr. XXXI. Digest. Salvii Juliani, ad h. L. 14. (*Opp. postumor. a* Fabroto *editor.* Tom. III. pag. 129.) hat bemerkt, daß *affuerit* nicht fur adfuerit, sondern für *abfuerit* gesetzt sey, so wie es auch an mehreren Orten der florentinischen Ausgabe, z. B. *L.* 11. und *L.* 15. *D. de tutor. et curat. dat.* vorkommt. Die willkürlich abgeänderte Lesart des Haloanders kann daher keinen Beyfall finden, wenn sie gleich Gebauer in der Göttinger Ausgabe des Corp. iur. civ. Not. 40. zu billigen scheint. Die glossirten Ausgaben lesen *ab fuerit.*

Worten erklären [8]). Daher sagt Paulus *libro XXXVIII. ad Edictum* [9]): Kein mutus könne zum Vormund bestellt werden, quoniam auctoritatem praebere non potest. Daß auch des Tutors Auctorität derjenige hören müsse, der mit dem Pupillen contrahirt, ist nicht erforderlich, wenn das Geschäft ein solches ist, welches unter Abwesenden geschlossen werden kann. So kann z. B. ein Abwesender dem Vormunde einen seinem Pupillen vortheilhaften Kauf antragen, von dessen Gegenstande sich der Vormund an Ort und Stelle hinlänglich unterrichten kann. Da der Kauf auch unter Abwesenden durch einen Brief geschlossen werden kann, so kann hier der Tutor dem abwesenden Contrahenten seine Einwilligung schriftlich melden. Etiamsi non exaudiat tutoris auctoritatem is, qui cum pupillo contrahit, sagt Gajus *libro XII. ad Edictum provinciale* [10]), scriptis tamen hoc approbetur, recte negotium geritur: veluti si absenti pupillo per epistolam vendam aliquid, aut locem, et is tutoris auctoritate consentiat. Genug, wenn der Tutor bey dem Pupillen gegenwärtig war, und dieser mit seiner Genehmigung das Geschäft geschlossen hat [11]). Von Seiten des Pupillen genügt auch schon die bloße Gegenwart desselben, wenn dieser auch nichts dabey gesprochen

8) S. Donellus Lib. III. cap. 13. §. 14. und *Pet.* Faber Semestr. Lib. II. cap. 24. S. *Ausim.* pag. 359.

9) *L.* 1. §. 2. *D. de tutelis.* *L.* 10. §. 1. *D. de legitim. tutor.* Blindheit des Tutors hindert die Auctorität nicht. *L.* 16. *D. h. t.* S. *Ant.* Fabri Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VI. Illat. 25. pag. 825.

10) *L.* 9. §. *ult.* *D. h. t.*

11) S. Montanus de iure tut. et curat. Cap. XXX. n. 38.

hat[12]). Es heißt hier, was Cujaz[13]) sagt: Vox tutoris videtur esse vox pupilli. Stillschweigende Einwilligung des Pupillen, welche bey der Auctorität des Tutors nicht genügt[14]), ist also hier hinreichend. Daher sagt Ulpian *libro XXVIII. ad Sabinum*[15]). Muto itemque mutae impuberibus tutorem dari posse, verum est. Sed an auctoritas eis accommodari possit? dubitatur. *Et si potest tacenti, et muto potest.* Est autem verius, ut et JULIANUS *libro vicesimo primo Digestorum* scripsit, *etiam tacentibus auctoritatem posse accommodari.* Formular-Geschäfte, bey denen die Formeln von den Contrahenten mündlich ausgesprochen werden mußten, wie z. B. Stipulationen, Acceptilationen u. dgl. machten aber wohl eine Ausnahme; jedoch konnte auch hier der Tutor seine Auctorität interponiren, ohne vorhergegangene Frage[16]). Es

12) *L.* 13. *D. h. t.* Impuberes tutore auctore obligantur, *etiam si taceant.* Nam cum pecuniam mutuam acceperint, quamvis nihil dicant, auctoritate tutoris interposita, tenentur.

13) Comment. in Libr. XXI. Dig. Salvii Juliani. ad L. 13. h. t. (*Opp. postum.* Tom. III. pag. 143.)

14) Azo wollte zwar auch beym Tutor eine stillschweigende Genehmigung für hinreichend halten; allein Accursius verwarf diese Meinung mit Recht. S. die Glossa ad L. 3. D. h. t. Man vergleiche besonders MONTANUS c. l. nr. 40 — 44.

15) *L.* 6. *pr. D. de tutel.*

16) *L.* 3. *D. h. t.* S. DONELLUS Lib. III. Cap. 13. §. 14. (Vol. II. edit. *Koenig.* pag. 176.) und *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. *Ad formam.* (*Opp.* Tom. II. pag. 562.)

ist daher auch nicht nöthig, daß der Vormund mit unterschreibe, wenn etwa der Contract schriftlich geschlossen worden ist. So lehrt Scävola *libro* X. *Digestorum*[17]: Inter pupillos paternae hereditatis divisio facta est praesente tutore, sed non assignante instrumento divisionis. Quaesitum est, an ei stari oporteret? Respondi: *si tutor auctor fuisset, non idcirco minus standum esse divisioni, quod non assignasset*[18].

4) Der Tutor muß seine Auctorität pure, d. h. nicht nur unbedingt, sondern auch ohne Zeitbestimmung interponiren, wenn auch das Geschäft selbst eine Bedingung oder Zeitbestimmung enthalten sollte[19]. Etsi conditionalis contractus cum pupillo fiat, sagt Ulpian *libro XLVIII. ad Sabinum*[20], tutor debet pure auctor fieri: *nam auctoritas non conditionaliter, sed pure interponenda est, ut conditionalis contractus confirmetur.* Denn macht der Vormund seine eigene Einwilligung noch erst von einer Bedingung oder Zeitbestimmung abhängig, während das Geschäft unter den Par-

17) *L.* 20. *D. h. t.*

18) Das Wort *assignare* bedeutet hier soviel als subscribere, wie *Ger.* Noodt in Comm. ad Dig. c. l. p. 563. aus mehreren Stellen der römischen Classiker erwiesen hat. Man sehe auch Brissonius h. v. nr. 4.

19) *Pet.* Faber Semestr. c. l. Lib. II. pag. 360. sagt: Pure, quo verbo non modo *conditionem* (non quidem tacitam, sed expressam) excludi censeo, verum etiam illud significari, *nec ex die, nec ad tempus tutorem auctorari posse: id si fecerit, nihil agere.* Man s. auch Theod. Max. Zachariä Institutionen des Röm. Rechts. h. t. §. 183. (Breslau 1816.)

20) *L.* 8. *D. h. t.*

theyen selbst pure abgeschlossen worden, so würde er ja den mangelhaften Consens des Pupillen nicht ergänzen, sondern jeder allein handeln. Wie könnte hier das Geschäft zu Stande kommen [21])? Der Tutor muß endlich

5) seine Auctorität **sogleich** interponiren, das heißt, **sobald das mit dem Pupillen geschlossene Geschäft zu Stande gekommen ist**, wenn er auch nicht gleich Anfangs bey Abschließung desselben gegenwärtig war [22]). Nicht zum **Voraus**, wie Cujaz [23]) meint. Denn wie kann der Vormund ein Geschäft genehmigen, so lang dasselbe noch nicht zu seiner Vollkommenheit gediehen ist? Auch nicht **erst eine Zeit lang nach Abschließung desselben**. Denn da der Pupill selbst zum Handeln ganz unfähig ist, und nur erst durch und mit dem Tutor eine **vollkommene Person** ausmacht, d. i. seine unvollkommene Persönlichkeit erst durch die des Tutors vervollständiget wird; so kann die erst nachher er-

21) S. Donellus c. l. §. 14. pag. 176.

22) S. *Hug.* Donellus Lib. III. cap. 13. §. 16. *Reinh.* Bachovius ad *Treutlerum.* Vol. II. P. I. Disput. VIII. Th. 6. Lit. E. pag. 440. *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. *Ad formam.* pag. 563. *Jan. a* Costa, und *Ev.* Otto Comm. ad §. 2. J. h. t. *Henr.* Brenkman de Eurematicis Diatr. Cap. VIII. §. 8. pag. 181 sq. *Jo.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 1. in fin. *Jo. Guil.* Marckart Probabil. receptar. Lection. iuris civ. P. I. p. 70—77. *Franc.* Rygerbos Observat. iur. Rom. Cap. 9. *Jo. Gottl.* Heineccius in Elem. iuris civ. sec. ord. Institut. §. 250. Not. und Antiquit. Rom. h. t. §. 3. und *Car. Frid.* Walch ad *Hoppii* Comm. ad Instit. h. t. §. 2. Not. a.

23) Observation. Lib. XIII. cap. 31. Man sehe dagegen Marckart c. l. pag. 75. sq.

folgte Genehmigung des Vormunds nicht zurückwirken, und das Geschäft gültig machen[24]. Es findet vielmehr hier die Regel statt, welche Paulus *libro VIII. ad Sabinum*[25]) giebt: Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere[26]). Daß in beyden angeführten Fällen die Auctorität ohne rechtliche Wirkung sey, lehrt insonderheit die *L.* 31. *pr. D. de usucap. et usurpat.* wo Paulus, aus dessen *libro* XXXII. *ad Sabinum* diese Stelle genommen ist, den Proculus sagen läßt.

Si per errorem *initio venditionis* tutor pupillo auctor factus sit, vel *post longum tempus venditionis peractum*, usucapi non posse, quia iuris error est.

In diesem Sinne sind nun auch die Worte des Gajus zu nehmen, wenn dieser *libro XII. ad Edictum provinciale*[27]) sagt:

Tutor *statim in ipso negotio praesens* debet

24) S. *Ant.* Fabri Jurisprud. Papinian. Scientia. Tit. XII. Princ. VI. Illat. 23. pag. 824. sq.

25) *L.* 29. *D. de div. Regulis iuris.*

26) Daß Paulus diese Regel auf die auctoritatis interpositio wirklich angewendet habe, hat auch schon *Pet.* Faber in Comm. ad Tit. de div. regulis iuris antiqui ex libro Pandectar. L. (*Lugd.* 1566. *f.*) ad L. 29. h. t. pag. 101. sq. bemerkt. Man sieht dieses aus der Verbindung mit *L.* 27. *D. de contrah. emt. et vend. L.* 3. *D. h. t.* u. m. a. die alle aus des Pauli *libro VIII. ad Sabinum* genommen sind. S. *Car. Ferd.* Hommel Palingenesia libror. iuris vett. Tom. II. pag. 213. sq.

27) *L.* 9. §. 5. *D. h. t.* §. 2. *J. eodem.*

auctor fieri: *post tempus* vero — interposita eius auctoritas nihil agit.

Und es ist kaum zu begreiffen, wie man zwischen ihm und dem Ulpian hat einen Widerspruch finden mögen, wenn dieser *libro VIII. ad Sabinum* [28]) sagt:

Jussum eius, qui in potestate habet, **non** est simile tutoris auctoritati, *quae interponitur perfecto negotio*, sed praecedere debet, ut Cajus Cassius *libro secundo iuris civilis* scribit, et putat, vel per internuntium fieri posse, vel per epistolam.

Ulpian vergleicht hier den iussus, den wir einer Person geben, die unserer potestas unterworfen ist, (welches Wort hier als ein Neutrum, wie auch bey den besten römischen Klassikern [29]), gebraucht wird,) mit der tutoris auctoritas, und setzt den Unterschied zwischen beyden darin, daß der iussus der Schließung des Geschäfts vorausgehen muß, und durch einen Brief oder Bothen ertheilt werden kann; die auctoritas aber nur erst dann, wenn das Geschäft geschlossen ist, und auch nicht durch Briefe oder Bothen interponirt werden kann [30]). Offenbar soll also hier *perfecto negotio* eben soviel heißen, als das *statim in ipso negotio* bey Gajus. Gerade so erklärt auch Ulpian [31]) die Formel *in re praesente* durch statim atque solutum est, und Theophilus in

28) *L.* 25. §. 4. *D. de acquir. vel omitt. hered.*

29) S. Gesneri Thes. erud. scholast. h. v.

30) *Interponitur* ist hier soviel, als interponi potest. S. Smallenburg ad *Ant. Schultingii* Notas ad Dig. s. Pand. Tom. V. pag. 132.

31) *L.* 1. *in fin. D. de solution.* (XLVI. 3.)

seiner griechischen Paraphrase der Institutionen[32]) versteht auch die Stelle nicht anders, wenn er nach der Reitzischen Uebersetzung sagt: *Tutorem oportet praesentem, simul atque contractus fit, dicere, auctor sum.* Wie konnte also bey diesem ganz natürlichen und deutlichen Sinn der Worte der große Jacob Gothofredus[33]) auf den Einfall gerathen, die Worte perfecto negotio in

32) *Ad* §. 2. *h. t.* Tom. I. pag. 171. edit. *Reitz.* δεῖ τὸν ἐπίτροπον παρόντα, ἅμα τῷ γίνεσθαι τὸ συνάλλαγμα, λέγειν, ὅτι αὐθεντῶ. Ein Beyspiel enthält das *Fragmentum iuris Romani Dositheanum* in *Ant.* Schulting Jurispr. vet. Antejust. pag. 807., welches *Frid. Ad.* Schilling aufs neue griechisch und lateinisch *Lipsiae* 1819. 8. edirt hat. In diesem wird §. 15. die Frage entschieden, wenn bey der manumissio per epistolam die auctoritas des weiblichen Tutors zu interponiren sey? Es heißt nach der lateinischen Uebersetzung bey Schilling so: *Mulier sine tutoris auctoritate non potest manumittere, nisi ius liberorum habeat: tunc enim ex vindicta sine tutore potest manumittere. Unde si mulier absens liberum esse iusserit, quae ius liberorum non habeat, quaesitum est, an, tutore eius auctoritatem praestante eo tempore, quo epistola scribitur servo a domina, libertas servo competat?* Julianus *negat: existimat enim, eo tempore debere auctoritatem praestare, quo peragitur libertas: tunc enim peragi intelligitur, quando servus cognoverit dominae voluntatem. Sed* Neratius Priscus *probat, libertatem servo competere: sufficere enim, quando epistola scribitur, adhiberi auctoritatem tutoris: cuius sententia et constitutione Imperatoria confirmata est.*

33) Comm. ad Tit. Dig. de div. Regg. iuris ad L. 29. h. t.

provecto negotio, oder wie Theodor Marcilius[34]), solche in *infecto* negotio zu verwandeln? Ja wie konnte sich Siegm. Reichard Jauchius[35]) so sehr darüber wundern, daß noch kein Ausleger bemerkt habe, daß in den Worten, *quae interponitur*, das *non* fehle, und quae *non* interponitur, sed praecedere debet, gelesen werden müsse? Könnte denn wohl Ulpian mehr, als auf eine solche Art entstellt, und gemißhandelt werden? Mit Recht sind daher alle diese Emendationen von Everh. Otto, Heineccius, Marckart, und Walch verworfen worden. Es ist aber auch nicht nöthig zu der erkünstelten Interpretation die Zuflucht zu nehmen, wodurch Wilh. Pauw[36]), dem auch der elegante Joh. Gottfr. Sammet[37]) gefolgt ist, der vermeintlichen Schwierigkeit abzuhelfen gesucht hat, daß perfecto negotio für *perficiendo* gesetzt sey; wenn gleichwohl zuweilen die participia praeteriti temporis die Bedeutung des futuri haben, wie Jacob Voorda[38]) aus vielen Beyspielen erwiesen hat.

Sind diese Vorschriften bey Schließung eines Geschäfts des Pupillen nicht beobachtet worden, so ist es eben so

34) Ad §. 2. J. h. t. (in *Jani a* Costa Comment. in Instit. h. l. pag. 110.)

35) Meditat. critic. de Negationibus Pandect. Florent. Cap. XVI. §. 18. pag. 258. sq.

36) Disp. ad varia iuris civ. capita. Cap. V. Obs. 3. (in *Gerh.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 133. sq.)

37) Receptar. Lection. ad Jauchium lib. sing. Disp. II. Cap. 18. pag. 156. sq.

38) Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. II. Cap. 9. pag. 133. (*Trajecti ad Rhen.* 1768.)

gut, als sey die auctoritas tutoris gar nicht hinzugekommen[39]. Für den Pupillen ist das Geschäft nicht verbindlich, ausser insofern er dadurch bereichert worden ist. Hier ist er, wie Ulpian[40] sagt, *naturaliter* obligatus, und insoweit er dieses ist, findet nach einem Rescript des Divus Pius auch gegen den Pupillen eine Klage Statt, der ohne Auctorität seines Vormunds gehandelt hat.

§. 1340.

Tutor in rem suam auctor fieri nequit.

Der Vormund kann seine Auctorität nicht zu einem Geschäft ertheilen, das ihn selbst zunächst angeht, und seine eigenen Rechte und Verbindlichkeiten betrifft[41]. Denn gesetzt auch, es wäre keine Partheylichkeit, kein Nachtheil für den Pupillen zu besorgen, so wird ja der Vormund in Rücksicht der Administration, so weit sie den Vortheil des Pupillen bezweckt, als Eigenthümer der Güter seines Mündels, oder als Stellvertreter desselben betrachtet[42]; er ergänzt bey Schließung der Geschäfte des Pupillen die mangelhafte Willensäusserung desselben, und wird in dieser Hinsicht mit ihm juristisch als eine Person ange-

39) *L.* 2. *D. h. t.* Ulp. *lib. XXIV. ad Sabin.* Nulla differentia est, non interveniat auctoritas tutoris, an perperam adhibeatur.

40) *L.* 5. *pr. et* §. 1. *D. h. t.*

41) S. *Ant.* Fabri Jurispr. Papinian. Scientia. Tit. XII. Princ. VI. Illat. 22. pag. 824. *Hug.* Donelli Commentar. de iure civ. Lib. III. cap. 13. §. 10. et 11. (Vol. II. pag. 174. edit. *Koenig.*) und Voet Comm. ad Pandect. h. t. §. 6.

42) S. oben §. 1333. S. 225. ff.

sehen; es wäre ja also gerade so, als ob er das Geschäft mit sich selbst geschlossen hätte. Es ist daher eine Regel des Civilrechts, sagt Ulpian *libro primo ad Sabinum* [43]): Tutorem in rem suam auctorem fieri non posse; und *libro XL. ad Sabinum* [44]) sagt er: Pupillus obligari tutori eo auctore non potest. — Item ipse tutor et emtoris et venditoris officio fungi non potest. Das Geschäft darf aber weder den Vormund selbst, noch eine solche Person betreffen, welche seiner potestas unterworfen ist [45]). Wenn also der Sohn des Vormundes, der noch in väterlicher Gewalt ist, mit dem Pupillen desselben ein Geschäft schliessen wollte, so könnte auch hier der Vater, als Tutor, seine Auctorität interponiren. Denn es wäre eben so gut, als wenn er selbst das Geschäft mit dem Pupillen geschlossen hätte [46]). Eben so ist es, wenn Vater und Sohn zugleich die Vormundschaft über den Pupillen führen, und der Sohn sich noch in väterlicher Gewalt befindet. Auch hier kann der Sohn nicht Auctorität interponiren, wenn der Vater mit dem Mündel contrahiren wollte [47]). Ausser diesem Ver-

43) *L.* 1. *pr. D. h. t.*

44) *L.* 5. *pr. et §.* 2. *D. h. t.*

45) *L.* 7. *pr. D. h. t.* Ulp. *lib. XL. ad Sabinum.* Quod dicimus, in rem suam auctoritatem accommodare tutorem non posse, totiens verum est, quotiens per semetipsum, vel subiectas sibi personas, adquiritur ei stipulatio.

46) *L* 5. *in fin. D. h. t.* Ulpian. *eod. libro.* Si filius tutoris, vel quae alia persona iuri eius subiecta emerit, idem erit, atque si ipse emisset. S. auch *L.* 1. *pr. D. h. t.*

47) *L* 7. §. 2. *D. h. t.* Si et pater et filius, qui in potestate eius fuit, tutores fuerunt, et pater sit stipulatus

hältniß kann der Vormund mit dem Pupillen einen gültigen Handel schließen, wenn der Mitvormund denselben genehmiget[48]). Hat der Vormund mit dem Pupillen allein contrahirt, so entsteht daraus nur eine obligatio naturalis, insoweit der Mündel durch das Geschäft bereichert worden ist. Sonst wird er daraus dem Tutor nicht verbindlich. Ulpian sagt *libro XL. ad Sabinum*[49]). Sed et si cum solus sit, tutor mutuam pecuniam pupillo dederit, vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tutori. *Naturaliter tamen obligabitur, in quantum locupletior factus est:* nam in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem, *in quantum locupletior factus est*, dandam, *divus* Pius rescripsit. Ob übrigens der Vormund mit dem Pupillen selbst contrahirt, oder den Contract durch eine untergeschobene Mittelsperson schließen läßt, und dazu seine Auctorität ertheilt, ist gleichviel. Der Handel ist null und nichtig, denn er hat nicht bona fide gehandelt. So rescribirten auch, wie Ulpian[50]) sagt, die Kaiser Seve-

filio auctore, nullius momenti erit stipulatio, idcirco, *quia in rem patris auctor esse filius non potest.*

48) *L.* 5. *pr. D. h. t.* Plane si plures sint tutores, quorum unius auctoritas sufficiat, dicendum est, *altero auctore*, pupillum ei (*tutori*) posse obligari, sive mutuam pecuniam ei det, sive stipuletur ab eo. — §. 2. Sed enim si contutorem habeat, cuius auctoritas sufficit, procul dubio (*tutor a pupillo*) emere potest. Inwiefern Vormünder Sachen ihrer Mündel und Pflegbefohlnen kaufen können, ist schon an einem andern Orte (Th. XVI. §. 989. S. 149. f.) vorgekommen.

49) *L.* 5. *pr. D. h. t.*

50) *L.* 5. §. 3. *D. h. t.* Man vergleiche auch *L.* 1. *pr. D. h. t.*

rus und Antoninus. Werden Sachen des Münd öffentlich versteigert, so kann der Vormund ohne Bed ken selbst darauf bieten [51]); er macht sich aber auch kein Arglist schuldig, wenn er sie durch einen Dritten für si kaufen läßt, der seinen Namen, als Selbstkäufer, angiel oder wenn der Vormund selbst bietet, und dann die e standenen Sachen auf eines Andern Namen schreiben läß Sane si ipse quidem, fährt Ulpian [52]) fort, emi *palam*, dedit autem nomen non mala fide simplici ter, ut solent honestiores non pati nomina sua in strumentis inscribi [53]), valet emtio: quodsi callide idem erit, ac si *per interpositam personam emis set*. Eben so kann auch der Vormund Sachen des Mün dels kaufen, wenn sie der Gläubiger desselben iure pigno ris veräussert [54]). Geht das Geschäft nicht unmittelbar zwischen Mündel und Vormund vor, sondern der Vor mund ist im Verhältniß zum Mündel nur mittelbar dabey interessirt; z. B. dem Pupillen ist eine Erbschaft angefallen, an welche der Tutor eine Schuldforderung hat; so hindert dieses Schuldverhältniß den Vormund *nicht*, seine Auctorität zu interponiren, damit der Mündel die Erbschaft antrete. Prima enim ratio auctoritatis, sagt Ulpian *libro I. ad Sabinum* [55]), ea est, *ut heres fiat*, per consequentias contingit, ut debitum sub eat; und *libro XL. ad Sabinum* [56]) stellt er die allge

51) *L.* 5. *C. de contrah. emt. et vend.* (IV. 38.)

52) *L.* 5. §. 4. *D. h. t.*

53) Man sehe *Ant.* Fabri Jurispr. Papin. Scientia. Tit. VI. Princ. IV. Illat. 5. pag. 235.

54) *L.* 5. §. 5. *D. h. t.*

55) *L.* 1. *pr. D. h. t.*

56) *L.* 7. *pr. D. h. t.*

meine Regel auf: Negotium tutori geri per consequentias, nihil prohibet. Ein anderes wäre, wenn der Pupill die Erbschaft dem Tutor zu restituiren hätte. Hier kann der Vormund nach einem Decret des Divus Severus nicht Auctorität interponiren, denn er würde in rem suam auctor werden, wie Ulpian[57]) sagt.

Entsteht zwischen dem Tutor und Pupillen ein Proceß, so kann der Vormund nicht in seiner eigenen Angelegenheit auctor seyn. Nach dem ältern Rechte mußte dem Pupillen zu diesem Proceß ein eigener Vormund bestellt werden, welcher praetorius tutor genannt wurde, weil ihn der praetor urbanus mehr kraft einer eigenen Auctorität, als in Folge der Lex Atilia bestellte, welche diesen Fall nicht erwähnte[58]). Der Grund lag in der alten römischen Processform[59]), wie schon an einem andern Orte[60]) gezeigt worden ist. Dieser praetorius tutor

57) *L.* 1. §. 13. *D. ad SCtum Trebell.* (XXXVI. 1.) Ulpian. *libro III. Fideicommissorum.* Fuit quaesitum, si ipsi tutori rogatus sit restituere pupillus, an ipso auctore restitutionem facere possit? Et est decretum a *Divo* Severo, non posse tutori, se auctore, restituere hereditatem, quia in rem suam auctor esse non possit.

58) S. Schweppe Röm. Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer. §. 532. Einen ausgedehnteren Begriff verbindet mit dem tutor praetorius Dabelow im Handbuch des Pand. Rechts. 3. Th. §. 289.

59) Gajus *Institut. Comm. I.* §. 184. Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 24. S. *Corn. van* Bynkershoek Observation. iuris Rom. Lib. VII. cap. 13. und *Aug. Guil.* Heffter ad *Gaji* Institution. Commentar. IV. sive de actionibus. (*Berolini* 1827. 4.) Cap. XX. pag. 99 sq.

60) S. den 29. Th. §. 1302. S. 130. f.

fiel weg, nachdem mit Aufhebung der alten Gerichtsverfassung auch für Proceß-Stellvertreter zugelassen worden. Jetzt wird dem Mündel, wie Justinian[61] sagt, ein curator gegeben, unter dessen Beystande der Proceß geführt wird. Diese Curatel hört auf, sobald der Proceß geendigt ist. Hat jedoch der Pupill mehrere Vormünder, so muß der andere bey dem Proceß nicht interessirte Vormund den Pupillen gegen seinen Mitvormund vor Gericht vertreten.

L. 24. D. de testam. tut. JAVOLENUS *libro V. ex Cassio.* Si plures tutores sint, a Praetore curatorem posci litis causa supervacuum est: *quia altero auctore cum altero agi potest.*

L. 1. C. de in litem dando tutore vel curat. (V. 44.) Imp. ANTONINUS A. Miltiadi. Si quas petitiones adversus pupillos tuos habes: dirigere eas potes *adsistentibus causamque defendentibus contutoribus tuis*: cum et si alios tutores non haberent, ad hoc genus litis defendendae *curatores* accipere deberent.

§. 1341.

Einfluß der auctoritas auf die eigenen Rechtsverhältnisse des Vormunds. Zwang. Ergänzung durch die Obrigkeit.

Da der Vormund durch seine Auctorität blos die unvollständige Willenserklärung des Pupillen ergänzt, so kann ihm das, was er in dieser Hinsicht als Vormund thut, in

61) §. 3. *J. h. t.* S. auch Schweppe von der Curatel über Pupillen, im juristisch. Magazin. 1. B. 1. St. S. 116. und Zachariä Institutionen des Röm. Rechts. Th. 1. S. 182.

Ansehung seiner eigenen Rechtsverhältnisse zu keinem Nachtheil gereichen. Justinian hat deswegen in einer eigenen Constitution an den praefectus praetorio Johannes vom Jahre 531. (*L. 26. Cod. de administr. tutor. et curator*) den Vormündern alle Furcht, und allen möglichen Zweifel benommen, und verordnet, daß sie von ihrer Auctorität für ihre selbstständigen Rechtsverhältnisse nicht den mindesten Nachtheil zu befürchten haben sollen. Sie lautet folgendermassen.

Cum quaedam mulier testamento condito filium suum praeterisset, idem autem filius, qui praeteritus erat, vel fratris, vel extranei esset tutor, vel curator, qui scriptus a matre tutoris fuerat heres: in praesenti specie manifestissimum erat, stare tutorem vel curatorem in praecipiti loco: sive enim auctoritatem suam, vel consensum de adeunda hereditate praestare pupillo aut adulto minime voluerit, ne ex hac causa sua iura aliquod patiantur praeiudicium: satis enim imminet periculum tutelae, vel utilis negotiorum gestorum actionis, ne pupillus vel adultus, utpote ex illius tarditate laesus, litem ei ingerat: sive huiusmodi timore perterritus auctor fuerit pupillo vel adulto, periculum emergebat: dum enim alii consentit, ipse sua iura perdit: videbatur etenim confirmare matris suae iudicium, quod oppugnandum esse existimabat: et multae aliae insuper species oriuntur, ex quibus verendum est tutori, vel curatori circa suas res praeiudicium parari, puta in hypothecis, et aliis variis causis. Invenimus autem generaliter definitum, post officium depositum omnes actiones, quas tutor vel curator ex necessitate officii subierit, in quondam pu-

pillum, vel adultum transferri. Quare tam optimo exemplo argumentati, necnon et aliis omnibus casibus, in quibus veretur tutor vel curator, ne praeiudicium ei aliquod fiat, timorem eius removemus. *Damus igitur eis cum summa fiducia res pupillorum vel adultorum gubernare, scituris, quod lex nostra sua eis iura immutilata reservat, nihil ex huiusmodi auctoritate, vel consensu praeiudicii subituris.*

Wenn also der Tutor von seinem Vater enterbt worden, der Pupill aber im Testament eingesetzt ist, so kann der Vormund dem Pupillen zur Antretung der Erbschaft seine Auctorität ertheilen, und doch nachher die Inofficiositätsklage gegen das Testament anstellen. Eben so kann der von seinem Vater lieblos enterbte Vormund das seinem Mündel in dem Testamente seines Vaters hinterlassene Vermächtniß sich für ihn von dem eingesetzten Erben auszahlen lassen, ohne sich dadurch in Absicht auf die Anfechtung des Testaments geschadet zu haben; und wenn im Gegentheil der Mündel von seinem Vater enterbt, dem Vormund aber in dem Testamente ein Vermächtniß hinterlassen worden ist; so macht sich der Vormund seines Vermächtnisses nicht verlustig, wenn er auch wegen des pflichtwidrigen Testaments geklagt, und den Proceß verloren hätte. Denn er handelte in allen diesen Fällen als Vormund, und seine Amtspflicht entschuldigt ihn[62].

Der Tutor soll nun eigentlich nur da seine Auctorität interponiren, wo er glaubt, daß das Geschäft dem Pu-

62) §. 4. et 5. *J. de inoff. testam.* (II. 18.) *L.* 10. *L.* 30. §. 1. *D. eodem.* (V. 2.) S. den 7. Th. dieses Commentars §. 559. S. 470. und §. 560. S. 478.)

pillen vortheilhaft sey[63]). Dieß muß billig seinem Ermessen überlassen werden. Er kann daher auch aus hinreichenden Gründen seine Auctorität verweigern. Ein obrigkeitlicher Zwang findet deswegen gegen den Vormund nicht Statt. Verweigert er jedoch seine Zustimmung ohne hinreichenden Grund, so macht er sich wegen des daraus für den Pupillen entstandenen Schadens verantwortlich. Es gehört hierher, was Paulus sagt *libro VI. ad Edictum*[64]):

Si tutor pupillo nolit auctor fieri, non debet eum Praetor cogere: primum quia iniquum est, etiam si non expedit pupillo, auctoritatem eum praestare: deinde, etsi expedit, tutelae iudicio pupillus hanc iacturam consequitur.

Da jedoch der Schade oft schwer zu ersetzen ist, so kann die Obrigkeit, um den Schaden abzuwenden, in einem solchen Falle, wo das Geschäft für den Pupillen offenbar vortheilhaft ist, durch ein Decret des Vormunds Zustimmung ergänzen[65]). Der Vormund macht sich über-

63) §. 2. *J. h. t.* Si hoc pupillo prodesse existimaverit.

64) *L.* 17. *D. h. t.*

65) *L.* 1. §. 5. *D. Quod falso tut. auct.* (XXVII. 6.) S. *Ulr.* Huberi Praelect. iuris Rom. ad Pand. h. t. §. 3. in fin. Lauterbach Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 9. Hofacker Princ. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 664. not. b. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. I. Bd. §. 519. und Dabelow Handbuch des Pandecten-Rechts. 3. Th. §. 290. S. 520. Eben dieses ist auch in dem allgem. Preuß. Landrechte 2. Th. 18. Tit. §. 248. sanctionirt, wo es heißt: „Weigert sich der Vormund, in eine Handlung zu willigen, die der Pflegbefohlne für sich zu-

dem durch eine solche rechtswidrige Verweigerung seiner Auctorität suspect.

Sind mehrere Vormünder vorhanden, so kommt es nach *L. ult. C. de auctoritate praest.* darauf an, ob sie die Vormundschaft ungetheilt oder getheilt verwalten. Im ersten Falle ist schon die Auctorität eines Einzigen hinreichend, vorausgesetzt, daß die übrigen nicht widersprochen, und ihre Auctorität verweigert haben; denn hier kann das Geschäft nicht zu Stande kommen, wenn nicht die Obrigkeit ins Mittel tritt[66]). In dem letztern Falle aber kann jeder Vormund nur in Ansehung derjenigen Geschäfte Auctorität interponiren, welche zu seinem Ressort gehören. Die Auctorität zu solchen Geschäften, welche in das Fach des andern Mitvormundes gehören, ist ohne Wirkung. Die Zustimmung aller Vormünder wird nur dann erfordert, wenn durch das Geschäft, z. B. Arrogation, die ganze Vormundschaft aufgehoben werden soll[67]), oder der Vater in seinem Testamente ausdrücklich verordnet hat, daß keiner ohne die Zustimmung des Andern handeln solle.[68]). Wenn Hellfeld hier behauptet, ein tutor honorarius könne keine Auctorität interponiren; so ist dieses nur in dem Falle wahr, wenn ihm die Ad-

träglich hält; so kann Letzterer bey dem vormundschaftlichen Gerichte auf nähere Prüfung, und auf Ergänzung dieser Beystimmung antragen."

66) *L. 7. §. 3. D. de curat. fur.* S. Lauterbach Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 6. und Dabelow's Handbuch des Pandect. Rechts. 3. Th. §. 290. S. 521.

67) S. oben §. 1536. und §. 1536. c. auch Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 7.

68) *L. 47. pr. D. de administr. tutor.*

ministration speciell untersagt worden ist, wie schon an einem andern Orte[69] ausführlicher ist gezeigt worden.

§. 1342.

Consensus der Curatoren bey den Geschäften der Minderjährigen.

Daß **Minderjährige** in den Gesetzen ganz verschieden von **Unmündigen** behandelt werden, ist schon mehrmals bemerkt worden[70]. Der Minderjährige, auch wenn er unter der Curatel steht, ist eine vollständige Person, er kann also auch, ohne Curator, seinen Willen vollkommen gültig erklären, ohne Unterschied, das Geschäft betreffe eine Handlung unter den Lebenden oder auf den Todesfall[71]. Es ist ihm nur, wenn er unter der Curatel steht, die Administration seines Vermögens entzogen. Er kann daher solche Geschäfte, welche mit dieser Verwaltung in Verbindung stehen, nicht ohne Einwilligung seines Curators vornehmen, insofern er sich nämlich in Rücksicht seines Vermögens verpflichten will: cum non absimilis ei habeatur minor, curatorem habens, cui a Praetore curatore dato bonis interdictum est, wie die Kaiser **Diocletian** und **Maximian**[72] rescribiren. Diese Einwilligung des Curators, wodurch das Geschäft des Minderjährigen seine Gültigkeit erhält, wird *Consensus*

69) S. den 29. Th. dieses **Commentars** §. 1304. S. 184 — 190. und Voet q. l.

70) S. den §. 1298. a. S. 10 — 14. des 29. Theils.

71) *L. 100. D. de Verb. oblig. L. 43. D. de obligat. et act. L. 5. D. Qui testam. fac. poss. L. 20. §. 1. D. de liberat. legat.*

72) *L. 3. C. de in integr. restitut. minor.* (II. 22.)

curatoris genennt, und ist von der auctoritas tutoris ganz verschieden. Es ist daher nur uneigentlich gesprochen, wenn in einigen Stellen des römischen Gesetzbuches[73]) von einer auctoritas curatoris die Rede ist[74]). Denn der consensus curatoris wird nicht, wie die auctoritas tutoris, ertheilt, um einen mangelhaften Willen zu ergänzen, weil dieser bey Minderjährigen nicht mehr angenommen wird; sondern um sie gegen den Nachtheil zu schützen, dem sie aus Mangel an Erfahrung, und wegen der diesem Alter eigenen Flüchtigkeit so leicht ausgesetzt sind, zugleich aber auch hierdurch die Restitution zu erschweren[75]). Dieser consensus fällt nun zwar, wie die auctoritas tutoris in den Fällen weg, wo der Pflegbe-

73) *L.* 8. *D. de adopt.* *L.* 61. *pr. D. de iure dot.* *L.* 17. §. 1. *D. de appellat.* *L.* 8. *C. de nupt.*

74) *Petr. de* Toullieu in Diss. de auctoritate curatorum aetatis, insert. *Eiusdem* Collectaneis a *Joan.* Wolbers edit. *Groeningae* 1737. 4. pag. 269—279. will zwar behaupten, daß nach den Gesetzen zwischen auctoritas und consensus kein Unterschied Statt finde, sondern diese Benennungen als gleichbedeutend genommen würden. Allein *J. L. E.* Püttmann Probabil. iuris civ. Lib. I. Cap. 21. und Egid. von Löhr über die römischen Begriffe von Tutel und Curatel, im Magazin für Rechtswiss. u. Gesetzgeb. 3. B. S. 34 f. Not. 3. haben diese unrichtige Ansicht widerlegt. Man sehe auch *Abr.* Wieling Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 8.

75) *L.* 1. *D. de minorib. XXV. ann.* (IV. 4.) S. *Jo. Guil.* Marckart Interpretation. receptar. iuris civ. Lection. Lib. I. Cap. 21. pag. 144. und Ad. Diet. Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 227. Not. 2.

fohlen nichts verliert, sondern erwirbt; er unterscheidet sich aber von der auctoritas darin,

1) daß er sich nicht, wie die auctoritas, auch zugleich auf rein persönliche Verhältnisse bezieht. Denn über ihre Person können Minderjährige nach eigenem Willen verfügen [76]), soweit das Vermögen dabey nicht in Betrachtung kommt. Daher wird bey der Arrogation derselben nach einer Verordnung des Kaisers Claudius die Zustimmung des Curators erfordert [77]), weil sie das Vermögen dem pater arrogator unterwirft [78]).

2) Auch nicht bey allen Geschäften, die das Vermögen des Minderjährigen betreffen, ist der Consens des Curators erforderlich, sondern nur bey solchen, wodurch er sich verbindlich macht. Einen letzten Willen kann der Minderjährige, auch ohne Zustimmung des Curators, selbst zu Gunsten desselben, errichten [79]).

3) Bey der Consensertheilung des Curators ist keine Form vorgeschrieben. Eine Analogie von der Auctorität des Tutors findet auch hier nicht Statt, weil diese auf Gründen beruhet, die hier nicht anwendbar sind [80]). Es

76) *L.* 20. *D. de ritu nupt.* *L.* 8. *Cod. de nupt.* S. *Hug.* Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 21. §. 2. (Vol. II. edit. *Hoenig.* pag. 244 sq.)

77) *L.* 8. *D. de adopt.* S. Püttmanni Interpretation. et observation. Cap. 26.

78) *L.* 11. §. 2. *D. de bonor. poss. sec. tabb.* (XXXVII. 11.) et Tit. Instit. de acquisitione per arrogationem. [III. 10. (11.)]

79) *L.* 20. §. 1. *D. de liberat. legat.* (XXXIV. 3.)

80) S. *Franc.* Broei Exposition. in Justin. Institution. ad

kommt hier nur auf die Erfordernisse einer Einwilligung an sich an. Sie muß daher zwar ungezwungen, kann aber doch unter Abwesenden durch Briefe oder Bothen ertheilt werden, und es würde auch daraus keine Ungültigkeit entstehen, wenn der Curator nicht sogleich bey dem Abschlusse des Geschäfts, sondern erst nachher seine Einwilligung ertheilt hätte, und selbst eine Bedingung würde nicht unzulässig seyn, wenn der andere Contrahent sich diese Bedingung gefallen ließe [81]).

4) Durch die Auctorität des Vormundes wird die Unvollständigkeit der Willensäusserung des Pupillen er-

h. Tit. §. 1. p. 144. Stryk Us. mod. Pand. Lib. XXVI. Tit. 1. §. 5. in fin. et Tit. VIII. §. 1. Weber zu Höpfners Commentar über die Institutionen §. 207. Not. 3. a. E. Joh. Fried. von Meyer Preisschrift von dem Unterschiede zwischen Tutel und Curatel, Unmündigen und Minderjährigen nach Röm. und Deutsch. Recht. §. 3. S. 17. ff. *Jo. Christ.* Brandenburg Commentat. expon. differentias iuris Rom. inter pupillos et minores, tutores et curatores. (*Hannov.* 1793.) §. 37. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 405. S. 92. der dritten Auflage.

81) Anderer Meinung ist zwar Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 207. Not. 2. Allein man sehe Weber zu Höpfner bey dieser Note S. 247. *Car. Christph.* Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 702. *Chr. Aug.* Günther Princip. iur. Rom. privati noviss. Tom. II. §. 543. *Ant. Fried. Just.* Thibaut System des Pandect. Rechts. 1. Band. §. 519. lit. D. a. E. Egid. von Löhr über die röm. Begriffe von Tutel und Curatel. §. 7. (im angef. Magazin 3. B. S. 36.) und *Christ. Frid.* Mühlenbruch Doctrina Pand. Vol. II. §. 326. pag. 194. (edit. secund.)

gänzt, daher werden Tutor und Pupill bey dem Geschäft, was der Unmündige mit Auctorität des Vormunds vornimmt, als eine Person betrachtet. Der Consens des Curators berechtiget dagegen nur den Minderjährigen ein Geschäft zu schließen, wodurch er sich in Rücksicht seines der Verwaltung des Curators untergebenen Vermögens verpflichten will, welches er, wenn er nicht unter der Curatel stünde, nach dem Röm. Rechte auch hätte allein schließen können [82]. Hier kann also nie Personeneinheit eintreten. Man schließt hieraus, daß zwar in keinem Falle der Tutor in rem suam auctor werden, ein Geschäft zwischen dem Minderjährigen und seinem Curator aber gültig vorgenommen werden könne [83]). Es kann jedoch dieß nur in dem Falle behauptet werden, wenn das Geschäft ein solches ist, welches den Consens des Curators nicht nothwendig erfordert. Z. B. Restitution einer fideicommissarischen Erbschaft. Ulpian sagt *libro III. Fideicommissorum* [84]):

Curatori tamen adolescentis ab adolescente poterit restitui hereditas, *quoniam necessaria non est curatoris auctoritas ad restitutionem.*

Ausserdem kann auch der Curator mit seinem Pflegbefohlnen keine verbindlichen Geschäfte in Rücksicht seines Vermögens schließen [85]), es müßte denn das Geschäft le-

82) *L. 3. C. de in integr. restitut. minor.* (II. 22.)

83) S. von Löhr a. a. O. S. 37. f.

84) *L. 1. §. 14. D. ad SCtum Trebell.* (XXXVI. 1.)

85) *L. 34. §. 7. D. de contrah. empt.* PAULUS *lib. XXXIII. ad Edict.* Tutor rem pupilli emere non potest: idemque porrigendum est ad similia, id est, ad *curatores*, procuratores, et qui negotia aliena gerunt. S. auch

deglich dem Pflegbefohlnen zum Vortheil gereichen, wie eine Schenkung[86]), oder den Curator nur mittelbar und Folgeweise betreffen, wie die Antretung einer Erbschaft[87]). Endlich 5) bey Unmündigen, welche über sieben Jahre alt sind, hängt es von der Willkühr des Vormundes ab, ob er den Proceß für seinen Mündel allein, oder mit Zuziehung desselben als Beystand des Pupillen führen will. Bey Minderjährigen aber hängt es von der Wahl des Klägers ab, ob er gegen den Minderjährigen selbst, oder gegen den Curator, als solchen, klagen will. Nur im ersten Falle wird die Einwilligung und Beyziehung des Curators erfordert[88]).

§. 1343.

Heutiges Recht.

Ob der römische Unterschied zwischen auctoritas tutoris und consensus tutoris auch noch jetzt als practisch

Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 326. in fin. In dem allgem. Preuß. Landrecht. 2. Th. 18. Tit. §. 253. ist ausdrücklich sanctionirt: „Mit dem Pflegbefohlnen selbst kann der Vormund keine Verträge oder Handlungen, wodurch Ersterer ihm verpflichtet werden soll, vornehmen."

86) *L. 9. pr. D. h. t.*

87) *L. 11. pr. L. 7. D. h. t.*

88) *L. 1. §. 3. D. admin. et peric. tut. et curat.* Ulpianus *libro XXXV. ad Edictum.* In causis autem *adultorum* licentia erit agentibus, vel ipsum adultum praesentem in iudicium vocare, ut consensu curatoris conveniatur, vel contra curatorem agere, ut ipse litem suscipiat. Man sehe auch *L. 2. Cod. Qui legitim. personam standi in iud.* (III. 6.)

anzusehen sey, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Viele [89]) behaupten, daß zwar auch noch heut zu Tage in allen Fällen, in welchen das Römische Recht die auctoritatis interpositio verlangt, die Mitwirkung des Vormunds zu den Geschäften des Pupillen nothwendig sey, allein die Form der römischen Auctorität sey nicht mehr anwendbar, und zwischen ihr und dem consensus curatoris kein Unterschied mehr. Dieß ist auch Hellfeld's Meinung. Er sagt, die auctoritas tutoris sey kein actus legitimus mehr, es sey also genug, wenn der Vormund das von seinem Pupillen geschlossene Geschäft genehmiget habe, die Genehmigung möge unbedingt, oder bedingt, vom Vormunde in Person, oder durch einen Bevollmächtigten, sogleich beym Abschluß des Geschäfts, oder erst eine Zeitlang nachher hinzugekommen seyn. Es finde also zwischen tutoris auctoritas und consensus curatoris heutzutage in Rücksicht der Feyerlichkeit der Handlung kein Unterschied Statt. Viele [90]) behaupten

89) *Sam.* Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 1. et 2. Schilter Prax. iur. Rom. Exercit. XXXVII. §. 110. *de* Berger Oecon. iuris Lib. I. Tit. IV. Th. 21. *J. H.* Boehmer Introd. in ius Dig. h. t. §. 2. Schaumburg Compend. iuris Dig. h. t. §. 6. Freyh. von Lyncker Abhandl. von der Vormundschaftsbestellung 1. Th. §. 9. S. 23. a. E. Freyh. von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bavar. civ. 1. Th. 7. Kap. §. 17. Nr. 6. S. 469. von Meyer angef. Preisschrift. 2. Th. 2. Kap. §. 33. Nr. 5. S. 469. und Mittermaier Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 375.

90) Lauterbach Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 8. Carpzov Jurispr. for. P. II. Const. XV. Def. 30. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 213. Brandenburg Comm. expon. differentias iur. Rom. in-

dagegen, daß dieser Unterschied noch jetzt bestehe, und durch die deutschen Reichsgesetze und die Praxis daran nichts geändert worden sey. Diese Meinung verdient um so mehr den Vorzug, da die Vorschriften des Römischen Rechts nicht sowohl in der Feyerlichkeit der Handlung als vielmehr in der Natur der Sache selbst ihren Grund haben, wie oben gezeigt worden ist. Ein Anders ist, wenn Landesgesetze das Römische Recht ausdrücklich aufgehoben haben, wie in Sachsen[91]) und Bayern[92]) geschehen ist. Ueberhaupt wird die Frage heut zu Tage selten vorkommen, weil die Vormünder in Deutschland, wo wir dem strengen Grundsatze des Röm. Rechts, daß man durch freye Mittelspersonen keine Rechte erwerben, oder Ver-

ter pupillos et minores, tutores ac curator. §. 37. Thibaut. Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 519. a. E. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 667. und von Wenig-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 405. a. E. S. 92. (der 3. Aufl.)

91) S. die Sächs. Vormundschaftsordn. Kap. 13. u. 14.

92) Bayerisches Landrecht 1. Th. Kap. 7. §. 17. „Im übrigen machen zwar die Römischen Rechte zwischen Pupillen unter oder über sieben Jahren hierinfalls auch einen Unterschied, und erfordern hiernächst, daß der Vormund bey der Handlung selbst allezeit gegenwärtig sey, und gleich auf der Stell ohne Bedingniß und Vorbehalt darein willige; es ist aber all dieses dem hiesigen Landsgebrauch nicht gemäß, sondern es kann der Vormund auch abwesend, oder erst nach geschehener Handlung bedingnisweis, und ohne Unterschied, ob der Pupill das siebente Jahr schon erfüllet hat, oder nicht, seine Authorität interponiren."

bindlichkeiten contrahiren könne, nicht mehr folgen, alle vormundschaftliche Geschäfte meist selbst verrichten[93]), soweit ihnen nicht die Zuziehung des Pflegbefohlnen zur ausdrücklichen Pflicht gemacht worden[94]), oder ihnen selbst daran gelegen ist, daß ihre Pflegbefohlnen, die sich der Großjährigkeit nähern, von den Geschäften und dem Zustande ihres Vermögens Kenntniß bekommen.

93) S. Schilter Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVII. §. 131. und Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXXIV. medit. 1. et 2.

94) So verordnet z. B. das allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 18. Tit. §. 244. „Ein Pflegbefohlner, welcher das achtzehnte Jahr zurückgelegt hat, kann verlangen, daß der Vormund ihm von erheblichen Vorfällen, welche die Substanz seines Vermögens, oder Hauptveränderungen in dessen Verwaltung betreffen, unterrichte, und seine Meinung darüber vernehme."

Lib. XXVI. Tit. IX.

Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt.

§. 1344.

Wirkung der Auctorität des Vormundes.

Mit Zuziehung und unter Auctorität des Vormundes kann der Pupill alle und jede verbindliche Rechtsgeschäfte schließen. Paulus sagt *libro IX. ad Sabinum* [1]): Pupillus omnia tutore auctore agere potest. Er kann daraus erwerben und verbindlich gemacht werden, er kann also auch actione directa daraus klagen, und actione directa daraus belangt werden. Das Geschäft ist vollkommen gültig, und für den Pupillen verbindlich. Ist aber solches dem Pupillen nachtheilig, so kann er bey dem Richter um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bitten, wovon libro IV. Tit. 4. gehandelt worden ist.

1) *L.* 5. *in fin. D. de div. reg. iur.* Paulus braucht diese Regel bey der Frage, inwiefern ein Pupill eine Erbschaft antreten könne? wie aus *L.* 9. *D. de acquir. vel omitt. heredit.* erhellet, welche aus eben dem Buche des Paulus genommen ist. S. *Jac.* Gothofredi Comment. ad Tit. Pand. de div. Regg. iur. h. L. pag. 41. sqq. Man vergleiche noch §. 9 *et* 10. *J. de inutilib. stipul.* und L. 1. §. 13. D. de obligat. et action.

